<36642076710010

Lehrbuch

des

Preußischen Privatrechts

und der

Privatrechtsnormen des Reichs

von

Dr. Heinrich Dernburg,

[illegible]
[illegible]

Dritter Band.

[illegible]

Halle a. S.,
Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.
[illegible]

Lehrbuch

des

Preußischen Privatrechts

und der

Privatrechtsnormen des Reichs

von

Dr. Heinrich Dernburg,

Geheimem Justizrath, Professor an der Universität Berlin,
Mitglied des Herrenhauses.

Dritter Band.

Vierte, neu bearbeitete Auflage.

Halle a. S.,

Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.

1896.

Familienrecht und Erbrecht

des

Privatrechts Preußens und des Reichs

von

Dr. Heinrich Dernburg.

Vierte, neu bearbeitete Auflage.

Halle a. S.,
Verlag der Buchhandlung des Waisenhauses.
1896.

Vorwort zur ersten Auflage.

Mit der Vollendung des dritten Bandes, welcher dieses Werk abschließt, fällt ein bedeutsamer Abschnitt meines Lebens zusammen. Es sind gerade fünfundzwanzig Jahre, seit ich die Professur mit dem Lehramt des gemeinen Rechtes an der Universität Zürich antrat. Dann nach Preußen berufen, widmete ich mich als Docent wie als Schriftsteller neben dem gemeinen Recht dem Recht der neuen Heimat. Beiden Rechtsdisciplinen sollte das vorliegende Werk dienen. Die deutsche historische Schule, welche die dauernden Grundlagen der wissenschaftlichen Jurisprudenz legte, hat das reine römische Recht in unvergleichlich höherem Maße als in früheren Epochen unserem Verständniß erschlossen. Derzeit nun wird es in weiterer Durchführung ihrer Gedanken vorzugsweise Aufgabe der gemeinrechtlichen Wissenschaft sein, festzustellen, in welchem Umfang und Sinn die römischen Rechtssätze thatsächlich in Deutschland aufgenommen wurden und in dem Recht der Gegenwart lebendig wirksam sind, wobei die angebliche Reception der justinianischen Rechtssammlung als eines Ganzen der Wirklichkeit gegenüber kaum Stand halten dürfte. Schwerlich aber führt irgend eine Quelle den durchschnittlichen Rechtszustand Deutschlands nach der Receptionszeit treuer vor Augen, als das aus der Praxis des vorigen Jahrhunderts hervorgegangene und auf ihrem Boden römisches und deutsches Recht verbindende preußische Landrecht, welches nicht ein Partikularrecht in gewöhnlichem Sinne sein, sondern das gemeine Recht zusammenfassen und ersetzen sollte. Dieses Recht, in der praktischen Anwendung eines beträchtlichen Gebietes während eines fast hundertjährigen Zeitraumes weiter entwickelt, durch die Gesetzgebung eines

großen Staates unablässig ausgebildet, ist ein wichtiges Mittelglied der deutschen Rechtsentwicklung geworden und bildet naturgemäß das wesentliche Fundament des dereinstigen deutschen Privatrechtes. Eine derartige Anknüpfung liegt nicht bloß im Interesse Preußens, welches den Zusammenhang seines Privatrechtes mit der fridericanischen Epoche und seiner späteren Geschichte nur zum Schaden von Volk und Staat völlig lösen würde, sie ist nicht weniger für die übrigen deutschen Stämme wünschenswerth, da diesen mit einer wurzellosen bloß eklektischen, einer festen Interpretationsgrundlage entbehrenden Gesetzgebung nicht gedient sein kann. Zu solcher Anlehnung werden denn auch die Verfasser des bürgerlichen Gesetzbuches durch die Nothwendigkeit der Dinge geführt werden. Sind doch auch bisher die besseren Gesetze des deutschen Reiches, das Strafgesetz, die Gesetze über Urheberrecht, die Konkursordnung, auf der Grundlage praktisch bewährter preußischer Gesetze entstanden.

Hat dieses Werk dazu beigetragen, die Bedeutung des preußischen Privatrechtes bestimmter zum Bewußtsein zu bringen, so darf ich mich wohl seiner Vollendung freuen. Dabei habe ich dankbar anzuerkennen, wie sehr der Antheil, welchen das juristische Publikum an seinem Fortgang nahm, dazu beitrug, meine Hingebung an dasselbe zu steigern und die Liebe zu dieser Arbeit zu fördern, welche neben ungestörter Rüstigkeit und voller Kraft zur Lösung der umfassenden Aufgaben, die ich mir gestellt hatte, nothwendig war.

Berlin, den 18. November 1879.

Heinrich Dernburg.

Vorrede zur dritten Auflage.

Die dritte Auflage dieses Bandes ist eine neu bearbeitete. Insbesondere wurde das Familienrecht sorgfältiger Revision und in nicht wenigen Theilen einer Umarbeitung unterworfen. Die neue Auflage des vierten Bandes des Werkes von Förster erschien erst nach Voll-

endung des Druckes meines Familienrechtes und konnte daher nicht berücksichtigt werden.

Weniger eingreifend sind die Veränderungen im Erbrechte. Ein Paragraph über die Landgüterordnungen wurde hinzugefügt. Werden diese Ordnungen auch voraussichtlich keine erhebliche praktische Bedeutung gewinnen, so ist doch eine Kenntniß ihrer Grundzüge dem preußischen Juristen nothwendig.

Dies Werk hat weit über Erwarten hinaus Anerkennung gefunden, wie ich dankbar aussprechen darf. Vor Allem aber mußte mir Befriedigung gewähren, daß das Reichsgericht den hier vertretenen Ansichten vielfach beigetreten ist. Dies ist namentlich im Erbrechte in wichtigen Fragen der Fall gewesen. Nicht leicht kann ein juristischer Schriftsteller eine höhere Genugthuung finden, als wenn er sieht, daß die Resultate seines Nachdenkens eine unmittelbare praktische Bedeutung für die Entwickelung des Rechtes seines Landes gewinnen.

Eine besondere Unterstützung wurde mir bei der Bearbeitung dieses Bandes durch die Uebersendung zahlreicher Anmerkungen zu demselben Seitens des Amtsrichters Hempel in Unna zu Theil; ich glaube ihm auch öffentlich meinen Dank aussprechen zu dürfen. Referendar Passow stand mir auch bei diesem Bande treu zur Seite.

Berlin, 20. April 1884.

Der Verfasser.

Vorrede zur vierten Auflage.

Die neue Auflage wird voraussichtlich die letzte dieses Bandes sein. Ein deutsches Gesetzbuch wird die wichtigen Rechtsdisciplinen des Familien- und Erbrechtes an Stelle des preußischen Rechtes regeln. Wer würde sich darüber nicht freuen, wenn dieses neue gemeindeutsche Gesetzbuch zugleich ein gutes, den Bedürfnissen des deutschen Volkes und seinen geschichtlichen Traditionen entsprechendes wäre. Hierzu ist

aber, wie die Dinge jetzt liegen, wenig Aussicht. Der Entwurf zweiter Lesung ist, wenn ich mich nicht täusche, in vielen Theilen des Familien- und Erbrechtes verfehlt. Es liegt die Gefahr nahe, daß seine Annahme zur Zerüttung der deutschen Verhältnisse beiträgt. Patriotische Worte und Schönfärbereien können hieran nichts ändern.

Herr Landgerichtsrath Hempel hat mich wiederum treulich unterstützt.

Berlin, 2. September 1895.

Der Verfasser.

Inhaltsverzeichniß.

Fünftes Buch. Personenrecht und Familienrecht.

Erster Abschnitt. Eherecht.

Erstes Kapitel. Allgemeine Grundsätze.

Zweites Kapitel. Die Ehegelöbnisse.

Drittes Kapitel. Die Eheschließung.

Viertes Kapitel. Auflösung der Ehe.

Fünftes Kapitel. Die persönliche Rechtsstellung der Ehegatten.

Sechstes Kapitel. Das eheliche Güterrecht.

A. Gütertrennung.

B. Allgemeine Gütergemeinschaft.

Zweiter Abschnitt. Die eheliche Verwandtschaft und die väterliche Gewalt.

Erstes Kapitel. Die eheliche Verwandtschaft, Rechtsfolgen.

Zweites Kapitel. Die väterliche Gewalt.

Drittes Kapitel. Die außerordentliche Begründung der väterlichen und elterlichen Rechte.

Dritter Abschnitt. Außereheliche Geschlechtsverbindung. Die Unehelichen.

Vierter Abschnitt. Das Vormundschaftsrecht.

Sechstes Buch. Das Erbrecht.

Erster Abschnitt. Die Grundzüge.

Zweiter Abschnitt. Die einseitigen letztwilligen Verfügungen.

Erstes Kapitel. Einleitung.

Zweites Kapitel. Form der Errichtung der letztwilligen Verfügungen.

Drittes Kapitel. Die allgemeinen Grundsätze über letztwillige Verfügungen.

Viertes Kapitel. Die Erbeseinsetzung.

Fünftes Kapitel. Die Vermächtnisse.

I. Begriff, Inhalt, Umfang.

Erstes Kapitel. Die Verwandtenerbfolge.

Zweites Kapitel. Gesetzliche Erbfolge von Nichtverwandten.

Fünfter Abschnitt. Das Pflichttheilsrecht.

I. Das Allgemeine.

II. Das Pflichttheilsrecht der Descendenten.

III. Pflichttheilsrecht der Ascendenten und Ehegatten.

IV. Beschränkungen bei Lebzeiten des Erblassers.

Sechster Abschnitt. Der Eintritt des Erbfalls.

Erstes Kapitel. Richterliche Fürsorge für den Nachlaß und den letzten Willen.

Zweites Kapitel. Erwerb und Entsagung der Erbschaft.

Drittes Kapitel. Der Erwerb unter Vorbehalt.

Fünftes Buch.

Personenrecht und Familienrecht.[1]

§ 1. Einleitende Bemerkungen.

1. Die Familie wird gebildet durch den Kreis der ehelichen Blutsverwandten.[2] Ihr gehören Männer und Weiber, und durch den Weiberstamm wie durch den Mannsstamm Verbundene an.[3]

Unehelich Erzeugte gelten nur mit ihrer Mutter und mit nichtehelichen Kindern derselben als verwandt.[4]

2. Die Verwandtschaft wird begründet durch Abstammung von einander — gerade Linie —, oder von einem gemeinsamen Dritten — Seitenlinie —. Die in gerader Linie Verwandten bezeichneten die Römer aufsteigend als parentes, absteigend als liberi ohne Unterschied des Grades.[5] In demselben Sinne will das Landrecht bei Familienverhältnissen die Ausdrücke Eltern und Kinder verwerthet wissen, wenn die unmittelbaren Eltern oder Kinder nicht mehr leben.[6] Dies aber hat keine feste Grundlage in einem unzweideutigen deutschen Sprachgebrauch. Daher schwankt die Sprache des Landrechtes bei den einzelnen Vorschriften. Wenn es von Eltern oder Kindern

---

1) L. R. Theil 2 Tit. 1—4. Schmidt das preußische Familienrecht nach dem A. L. R. mit Rücksicht auf das gemeine und deutsche Recht dogmatisch-kritisch dargestellt, 1843. Zürn Eherecht 1894.

2) L. R. II, 3 § 1, vgl. L. R. I, 1 §§ 5. 42—45.

3) L. R. II, 4 § 2. Weiber und Verwandte durch den Weiberstamm sind nur bei Lehen und Fideikommissen, sowie wo Stiftungsbriefe und Familienverträge dies bestimmen, von den Rechten der Familie ausgeschlossen, L. R. II, 4 § 3. Vorsteher der Familie werden Weiber nur auf Grund von Stiftungsbriefen oder durch Wahl. Der Begriff der Agnaten wird im L. R. bei Lehen I, 18 § 15 bestimmt. Solche sind hiernach Seitenverwandte männlichen Geschlechts, welche durch eine ununterbrochene Reihe männlicher ehelicher Nachkommen von eben dem ersten Erwerber des Lehens, wie der Lehnsbesitzer abstammen. Vgl. oben Bd. 1 § 365 Anm. 12.

4) L. R. II, 2 § 639 unten § 68 Anm. 6.

5) Vgl. 1. 1 pr. D. de gradibus et affinibus 38, 10, l. 51, l. 220 pr. D de V. S. 50, 16.

6) L. R. I, 1 §§ 40, 41. Vgl. L. R. I, 11 § 1145 und I, 12 § 526. — Der Ausdruck Eltern und Kinder im § 65 des preußischen Gesetzes vom 8. März 1871 betr. Ausführung des Bundesgesetzes über den Unterstützungswohnsitz bezieht sich nach der Entstehungsgeschichte nur auf die unmittelbaren Eltern und Kinder. R. G. Bd. 5 S. 159.

handelt, muß die Auslegung nach innern Gründen nicht selten bloß unmittelbare Eltern oder Kinder verstehen. Vollends unsicher ist die Bedeutung in Privatverfügungen, insbesondere in Testamenten und Schenkungen. In erster Linie muß daher hier die Erforschung der Willensmeinung, wie sie sich aus dem Zusammenhang der Verfügung ergiebt, Aufgabe der Auslegung sein. Nur wenn dann noch Zweifel bleiben, ist der weitere Sinn zu Grunde zu legen.

3. Für die Verwandtschaft in der Seitenlinie bestehen zweierlei Zählungsweisen beide nach Graden. Die römische berechnet den Grad nach der Zahl der Geburten, welche die Verwandtschaft herstellen;[7] die kanonische steigt nur bis zum gemeinsamen Stammvater hinauf und läßt, wenn die Zahl der Geburten auf den beiden Seiten ungleich ist, die längere Seite entscheiden.[8] Der römischen Zählung folgt das preußische Recht,[9] ebenso die Reichsgesetzgebung.[10]

4. Die Familie gilt dem Landrechte, soweit gemeinschaftliche Familienrechte bestehen, als juristische Person.[11] Insbesondere ist dies der Fall bezüglich der Familienfideikommisse und Familienstiftungen. Die Vertretung der Familie geschieht vorzugsweise mittels Familienschlusses, der hier einstimmig sein muß; Zustimmung von Familiengenossen, welche ohne Grund widersprechen, kann vom Prozeßrichter ergänzt werden. Ueber solche Familienschlüsse und deren Aufnahme bestehen ausgebildete bei den Familienfideikommissen erörterte Normen.

Das Landrecht giebt auch die Grundlagen einer Organisation der Familie für Fälle, in welchen gemeinschaftliche Rechte anderer Art zu wahren sind. Vorsteher der Familie ist, sofern nichts Andres statutarisch bestimmt ist, das älteste männliche Familienmitglied. Der Vorsteher kann die Familie zur Berathung und Beschlußfassung gemeinsamer Familienangelegenheiten zusammenrufen. Der Regel nach sind Männer und Weiber jeden Verwandtschaftsgrades einzuladen, für Minderjährige sind deren Vormünder zu berufen. Ist der Gegenstand der Berathung bei der Einladung, die gerichtlich oder durch den Gerichtsvollzieher zu erfolgen hat, angegeben, so entscheidet hier die — absolute — Mehrheit der Erschienenen.[12]

7) § 7 J. de gradibus cognationum 3, 6.

8) Ueber die kanonische Berechnung vgl. Glück Pand. Bd. 23 S. 177 ff. Diese Berechnung ist dem älteren deutschen Recht entnommen.

9) L. R. I, 1 § 45. Jedoch ist dies nicht durchgängig festgehalten, wenigstens spricht L. R. II, 1 § 644, II, 3 § 15 von Geschwistern „ersten Grades".

10) Vgl. R. C. P. O. § 41 Ziff. 3, § 348 Ziff. 3, R. Straf. Pr. O. § 22 Ziff. 3, § 51 Ziff. 3.

11) L. R. II, 3 § 1. Nach L. R. I, 1 §§ 3 u. 4 macht die Verbindung zwischen Ehegatten und zwischen Eltern und Kindern die häusliche Gesellschaft aus, welcher auch das Gesinde zugezählt wird.

12) L. R. II, 4 § 7 ff. § 10 ff., vgl. II, 6 § 54 ff., oben Bd. 1 § 84 Anm. 1.

5. In einem andern Sinne treten die Ehegatten mit einander in eine Familienverbindung.[13]

An die Ehe schließt sich die Schwägerschaft an, d. h. das Verhältniß des einen der Ehegatten zu den Blutsverwandten des andern.[14] Fraglich ist, ob die Schwägerschaft durch Trennung der Ehe gelöst wird, welche sie begründete. Dies war in Rom der Fall,[15] entspricht aber dem kanonischen Recht wohl nicht.[16] Die heutige Volksansicht ist jedenfalls eine andere. Nach ihr sind moderne Rechtsgeschäfte und Gesetze, insbesondere die preußischen[17] auszulegen. In den Reichsgesetzen findet sich durchweg die Vorschrift bezüglich der Rechtsfolgen der Verschwägerung, daß sie eintreten, auch wenn die Ehe, durch welche die Schwägerschaft begründet ist, nicht mehr besteht.[18] Sie beruht nicht auf der besondern Lage der bezüglichen Fälle, bildet daher keine Sonderbestimmung, ist vielmehr der Ausdruck der deutschen Lebensauffassung und Rechtsansicht.

6. Keine Familienbeziehung erzeugt die Vormundschaft. Sie wird auch nicht dadurch zum Familienrecht, daß sie einen Ersatz für den fehlenden Schutz durch väterliche Gewalt bildet. Sie gehört vielmehr dem Personenrechte an, da sie vorzugsweise dazu bestimmt ist, den Mangel der Handlungsfähigkeit des Mündels zu ersetzen und zu ergänzen.

Geschichtlich haben jedoch Familienrecht und Vormundschaft eine gemeinsame Wurzel in dem älteren deutschen Mundium.[19] Dasselbe hatte die allgemeine Bestimmung, solchen freien Personen Schutz und Vertretung

---

13) Die Ehegatten gehören namentlich zu den Familienmitgliedern im Sinne des § 4 Ziff. 3 des Lohnbeschlagnahmegesetzes vom 21. Juni 1869. Geschiedne Ehegatten sind aber nicht mehr Familiengenossen, L. R. II, 1 § 732. Ihnen kommt jene Bestimmung des Lohnbeschlagnahmegesetzes daher nicht mehr zu Gute, R. G. Bd. 3 S. 16. Das Gleiche gilt für R. C. P. O. § 749 Abs. 4.

14) L. R. I, 1 § 43. Daraus, daß L. R. I, 1 § 44 die Stiefverbindung besonders erwähnt, folgt keineswegs, daß dieselbe nicht eine Unterart der Schwägerschaft im gesetzlichen Sinne ist.

15) l. 3 § 1 D. de postulando 3, 1. § 6 J. de nuptiis 1, 10.

16) Das kanonische Recht erachtet nach dem Grundsatz, daß unter den Konkumbenten Einheit des Fleisches stattfinde, jeden Beischlaf als Grund der Schwägerschaft, setzt daher weder für die Entstehung noch für die Fortdauer derselben eine gültige Ehe voraus, vgl. can. 1 c. 35 qu. 10. Auch nimmt es außer der Schwägerschaft im römischen Sinne zwei weitere Grade an. Beides ist dem preußischen Recht fremd, wogegen die oben Anm. 10 angeführten Reichsgesetze Grade der Schwägerschaft unterscheiden. Diese Grade werden entsprechend dem Grade der Verwandtschaft zwischen dem Ehegatten und dessen Verwandten berechnet.

17) Anders Obertribunal Entsch. Bd. 53 S. 347 und Bd. 69 S. 251. Die entgegengesetzte Auffassung ist jedenfalls bei Auslegung der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 zu Grunde zu legen. Dernburg Vormundschaftsrecht § 25 Anm. 2 a. E.

18) Gerichtsverfassungsgesetz § 156 I, Ziff. 3, II, Ziff. 3, Strafprozeßordnung § 22 Ziff. 3, § 51 Ziff. 3, R. C. P. O. § 41 unter 3, § 348 unter 3, Gesetz vom 6. Februar 1875 § 33. Vgl. übrigens auch R. Konk. O. § 24 Ziff. 2 und Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 § 3 Ziff. 2.

19) Kraut die Vormundschaft nach deutschem Recht Bd. 1 S. 51 u. a. a. O.

zu gewähren, welche aus natürlichen oder rechtlichen Gründen sich selbst zu vertreten nicht im Stande waren. Demnach bildete das Recht des Vaters über seine unmündigen Kinder eine Art der Vormundschaft; nicht weniger führte man das Verhältniß des Ehemanns zu der Frau, mit der er in wahrer Ehe stand, auf eine Vormundschaft zurück. Dieser Rechtsanschauung stand freilich das römisch-justinianische Recht durchweg entgegen. Denn hier war das Recht des Vaters über seine Hauskinder als Gewaltverhältniß, nicht als Vormundschaft gedacht; die Ehefrau aber war nach Beseitigung der alten Manusehe durchweg auf den Fuß der Gleichberechtigung mit dem Ehemann gestellt. Doch die deutschen Rechtsauffassungen wurden mit der Reception des römischen Rechts keineswegs schlechthin entwurzelt. Sie gewannen vielmehr einen umbildenden Einfluß auf das gemeine Recht und erhielten sich noch reiner in den Landesrechten. Sie hatten in dem ehelichen Güterrecht, welches sich nur in wenigen Landschaften nach römischem Recht gestaltete, einen festen Halt. Auch im preußischen Landrecht sind die Rechte des Vaters, wie des Ehemannes zum erheblichen Theil nach jenen deutschrechtlichen Gesichtspunkten geordnet. Auch seinem Familienrechte hat die ältere deutsche Vormundschaft vielfältig die Form und Gestaltung gegeben, wenn auch selbstverständlich dessen wesentlichste Grundlagen in dem heutigen deutschen Familienleben, in den ethischen Anschauungen der Nation und in den wirthschaftlichen und socialen Bedingungen des Gedeihens der Familien liegen.

7. Das Familienrecht des Landrechts gilt in dessen Herrschaftsgebiet nur in beschränktem Umfange, da, abgesehen davon, daß bezüglich des Familienrechts statutarische Rechte besonders zahlreich sind, in mehreren Landestheilen die drei ersten Titel des zweiten Theils des Landrechts, welche von der Ehe, den Rechten der Eltern, der Kinder und der übrigen Verwandten handeln, suspendirt blieben. Hier erhielt sich also gemeines deutsches Recht, dasselbe ist aber im Ganzen von denselben Grundanschauungen getragen, auf welchen die landrechtlichen Bestimmungen beruhen.[20]

20) Die Suspension der ersten drei Titel des zweiten Theils des L. R. hat in verschiedenen Rechtsgebieten einen verschiedenen Sinn. Nach dem Publikationspatent vom 5. Februar 1794 Nr. VII sind nur solche Vorschriften suspendirt, welche das gerade Gegentheil eines klaren und unstreitig recipirt gewesenen römischen oder andern fremden Gesetzes enthalten, nicht aber Stellen, welche der üblichen Meinung einiger Rechtslehrer widersprechen oder einer Interpretation des bisherigen Gesetzes den Vorzug geben oder Zweifel entscheiden. Vgl. Korn das Güterrecht der Ehegatten nach brandenburgischem Provinzialrecht, 1880, S. 25 ff. So gilt die Suspension in der Kurmark, Neumark und dem Kottbuser Kreis. — Dagegen sind für das Herzogthum Westphalen nach dem Publikationspatent vom 21. Juni 1825 § 4 suspendirt: die vollständigen drei ersten Titel des zweiten Theils nebst allen darauf sich beziehenden spätern Vorschriften, und es sollen in Absicht der hier geordneten Gegenstände die jetzt bestehenden gemeinen Rechte und die darauf sich beziehenden Landesordnungen gültig bleiben. Es zeigt u. A. Striethorst Archiv Bd. 78 S. 138 ff. wie verschiedene Resultate sich aus den beiden Fassungen ergeben. Vgl. auch oben Bd. 1 § 11 Anm. 10 und 11.

Erster Abschnitt.

Eherecht.[1]

Erstes Kapitel.

Allgemeine Grundsätze.

§ 2. Die Ehe als Rechtsinstitut.

1. Grundlegende Institutionen, wie die Ehe, lassen sich nicht erschöpfend definiren, sondern nur annähernd beschreiben. Ehe ist die lebenslängliche Verbindung von Mann und Frau, welche das innigste Zusammenleben und treues und opferwilliges Zusammenwirken für die Lebensaufgaben Beider zum Ziele hat.[2] Die Verwirklichung des hiermit gegebenen Ideals ist Sache der Liebe der Gatten, ihrer Gesinnung, ihrer ethischen und religiösen Ueberzeugung. Der Einfluß des Rechts kann nur ein begrenzter sein, da die Mittel, welche ihm zu Gebote stehen, auf die Gesinnung, welche hier das Entscheidende ist, nicht entscheidend einwirken können.

Die Aufklärungsepoche des vorigen Jahrhunderts setzte einseitig den Zweck der Ehe in Erzeugung und Erziehung der Kinder, nebenbei ließ man eine bloß zur wechselseitigen Unterstützung geschlossene Ehe zu.[3] Jenes vermeintliche Hauptwesen der Ehe nahm man nicht einfach naiv hin,[4] man versuchte vielmehr bei Abfassung des Landrechts das Eherecht, insbesondere die Ehescheidung nach demselben zu gestalten, was im Einzelnen zu Abwegen

---

1) L. R. Theil 2 Titel 1. Gitzler Handbuch des gemeinen und Preußischen Kirchen- und Eherechts Abth. 2, Breslau 1840; Altmann Praxis der preußischen Gerichte in Kirchen-, Schul- und Ehesachen 2. Abth. Eherecht S. 572 ff. Vgl. auch Schulte katholisches Eherecht, Gießen 1855. Scheurl das gemeine deutsche Eherecht Heft 1 und 2, 1881 und 1882. Die Schriften über die Eingehung der Ehe nach dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 siehe unten bei Kapitel 3 dieses Abschnittes.

2) I. 1 D. de ritu nuptiarum 23, 2: nuptiae sunt conjunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani juris communicatio.

3) L. R. II, 1 §§ 1 und 2. So auch Projekt des corp. jur. Frid. p. I, lib. II, tit. III, § 1.

4) Die alte römische Anschauung, welche in der Formel zu Tage tritt, uxorem habere liberorum quaerendorum causa traf hiermit zusammen.

führen mußte. Indessen beruhte das geschichtlich überkommene Eherecht doch auf tieferen Auffassungen und Gründen. Da nun das gegebene Recht in die neue Gesetzgebung herüberging, so wurden im Ganzen und Großen doch nur Einzelheiten durch jenes realistische Princip bestimmt.

2. Auch für das Eherecht bildet eine der Grundlagen das römische Recht, welches die Monogamie zur ausnahmslosen und alleinigen Form machte,[5] die Ehe grundsätzlich als lebenslängliche Verbindung ansah und zahlreiche Einzelheiten, insbesondere die Ehehindernisse wegen Verwandtschaft und Verschwägerung mit sittlichem Takt und in entsprechender Weise regelte. Bei dem Allen hat jedoch die Freiheit der Ehescheidung, welche Privatsache blieb, die römische Ehe praktisch niedergezogen, und die schweren Strafen, welche die christliche Kaiserzeit an schuldhafte Scheidung knüpfte, haben hieran nichts Wesentliches geändert. Die katholische Kirche des Mittelalters hob die Ehe in großem Idealismus zu einem religiösen Institut, zu einem Sakrament empor[6] und leitete hieraus die Unauflösbarkeit des Ehebandes her. Auf Grund dieser Anschauungen unterwarf sie sich das persönliche Eherecht ausschließlich. Die kirchliche Gesetzgebung allein sollte hierfür die Normen geben, die geistliche Obrigkeit allein über streitige Ehesachen sprechen, nur sie insbesondere über die Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett, wie über die Frage der Gültigkeit der Ehe rechtskräftig erkennen.[7]

3. Die Entwicklung des neueren Eherechts ist in Folge dessen ein wichtiger Theil der Geschichte der Auseinandersetzung zwischen Staat und Kirche geworden. Seit Ausgang des Mittelalters entnahm der Staat der Kirche die Ehesachen stückweise, bis die Kirche ihren Antheil an der äußeren Regelung dieser Angelegenheiten verlor. Dabei fand der Staat erhebliche Unterstützung in der Lehre der protestantischen Kirche, welche den Sakramentscharakter der Ehe verwarf und ihre absolute Unauflöslichkeit nicht anerkannte. Die Bewegung vollzog sich daher zunächst in den protestantischen Staaten. Ein erster Schritt war es, die Entscheidung der Ehesachen der Protestanten den aus Geistlichen und Juristen zusammengesetzten Konsistorien zu übertragen. Aber diese Vermittlung konnte sich auf die Dauer nicht erhalten. Für die Mark Brandenburg hob bereits Friedrich II. die Konsistorialgerichtsbarkeit in Ehesachen auf und verwies dieselben an das Kammergericht.[8] Im Anschluß hieran

---

5) l. 1 D. de his qui not. infamia, 2; l. 2 C. de incestis et inutilibus nuptiis 5, 5. Dagegen erklärten sich im Interesse der Steigerung der Population einige Monenten des allgemeinen Gesetzbuchs ernstlich für Polygamie.

6) Concilium Tridentinum sess. 24 cap. 1.

7) Concilium Tridentinum sess. 24 cap. 12.

8) Edikt vom 10. Mai 1748 cont. IV. c. c. M. p. 51.

wurde die weltliche Gerichtsbarkeit in Ehesachen der Protestanten durchweg Regel, sie erstreckte sich in mehreren Provinzen auch über die Katholiken, während in andern, namentlich Schlesien, Posen und Preußen die bischöflichen Gerichte ihre Jurisdiktion in Ehesachen bis in die neuere Zeit erhielten.[9] Erst die Verordnung vom 2. Januar 1849 beseitigte dieselbe durchgängig.[10]

Das persönliche Eherecht wurde schon durch das Landrecht in Preußen, ohne daß man zwischen den Angehörigen der verschiedenen Konfessionen unterschied, für alle Unterthanen geregelt.[11] Es bleibt aber zu beachten, daß die bischöflichen Gerichte, so lange sie bestanden, nicht auf Grund dieser Gesetzgebung Recht sprachen.

4. Die Eingehung der Ehe war bei alledem bis zur neuesten Zeit eine kirchliche für Protestanten und Katholiken, woraus Konflikte mit der staatlichen Ehegesetzgebung entstehen konnten und in der That eintraten. Seit dem 1. Oktober 1874 hat in Folge des Gesetzes vom 9. März 1874 die kirchliche Eheschließung in Preußen ihre rechtliche Bedeutung verloren, da die Eheschließung vor dem Standesbeamten — die Zwangscivilehe — zur allgemeinen nothwendigen Form erhoben wurde.[12] Durch das Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 wurde die Zwangscivilehe Reichsrecht.

5. Eine letzte Einwirkung der Kirche auf die rechtliche Behandlung der Ehesachen lag darin, daß die Ehescheidung vor den Gerichten nur zur Verhandlung kam, wenn ein Sühneversuch vor dem Geistlichen vorausgegangen und erfolglos geblieben war.[13] Auch dies ist mit Inkrafttreten der Reichscivilprozeßordnung weggefallen. Statt des Geistlichen der bezüglichen Konfession hat nunmehr der Amtsrichter den Sühneversuch zwischen den Eheleuten ins Werk zu setzen.[14]

---

9) Löwenberg in Hinschius' Wochenschrift 1835 S. 137 ff., Uebersicht der Verfassung der katholisch-geistlichen Gerichtsbarkeit. Meinck bei Schering Archiv für Abhandlungen Bd. 1 S. 151 ff.

10) Verordnung vom 2. Januar 1849 § 1 Abs. 2. Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 § 76: In streitigen Ehe- und Verlöbnißsachen sind die bürgerlichen Gerichte ausschließlich zuständig; eine geistliche oder eine durch die Zugehörigkeit zu einem Glaubensbekenntniß bedingte Gerichtsbarkeit findet nicht statt. Aehnlich § 15 Abs. 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes des Reichs. Vgl. zu § 76 Stölzel bei Gruchot Bd. 35 S. 737. Das zuständige Gericht in Ehesachen ergiebt R. C. P. O. § 568.

11) Es geschah dies durch das Projekt des corp. juris Fridericiani, dann durch das Landrecht. Auch in Oestreich war durch das Ehepatent Josephs II. v. 16. Januar 1783 die Ehegesetzgebung staatlich geordnet.

12) Vgl. über dieses Gesetz Hinschius das preußische Gesetz vom 9. März 1874 und Stölzel das Ehescheidungsrecht im Geltungsgebiet des Gesetzes vom 9. März 1874. — Siehe unten § 12.

13) Verordnung vom 28. Juni 1844 über das Verfahren in Ehesachen § 10 ff.

14) Vgl. R. C. P. O. § 570 ff. unten § 9 Anm. 11. In der Verfügung des Justizministers v. 27. August 1879 empfiehlt derselbe den Amtsgerichten, von den Sühneterminen, welche sie auf Grund des § 571 der R. C. P. O. in Ehesachen anberaumen,

§ 3. Die Ehe zur linken Hand.

1. Im Mittelalter war Ebenbürtigkeit Erforderniß der Ehe, so daß nicht bloß die Ehe zwischen Freien und Unfreien, sondern auch zwischen Freien verschiedenen Standes unzulässig war. In Folge der Reception des fremden, namentlich des kanonischen Rechts verlor zwar die Ebenbürtigkeit gemeinrechtlich — vom hohen Adel abgesehen — ihre Bedeutung, aber landesrechtlich behauptete sich die alte Auffassung noch lange Zeit. Sie hat insbesondere in Preußen nachgewirkt.[1]

Vollgültige Ehen zwischen Unebenbürtigen waren nicht verstattet; dagegen ließ man mit landesherrlicher Genehmigung Verbindungen zur linken Hand zu,[2] welche die juristische Theorie mehr oder weniger mit dem römischen Konkubinat identificirte.[3] Das Gesetzbuch von 1791 gestattete allgemein Männern von Adel und von dem Amtscharakter eines königlichen Raths die Ehe zur linken Hand mit Personen niederen Standes, wenn der Mann aus einer vorhergehenden Ehe zur rechten Hand Kinder am Leben, oder wenn er kein zu standesmäßigem Unterhalt einer Familie nöthiges Vermögen hatte, vorausgesetzt, daß er die erforderlichen Nachweise bei dem Landesjustizkollegium der Provinz vorbrachte, welches die Erlaubniß ertheilte.[4] Bei der Revision des Gesetzbuches übertrug man indessen die Prüfung der Erheblichkeit der Gründe wiederum ausschließlich dem Landesherrn, so daß Männer höhern Standes Ehen zur linken Hand eingehen konnten, aber nur nach besonderer Erlaubniß des Landesherrn, die von dessen Ermessen abhängig war.[5]

2. Außer der landesherrlichen Genehmigung verlangte das Landrecht für die Eingehung der Ehe zur linken Hand die Voraussetzungen einer gültigen Ehe, abgesehen von Standesgleichheit. Der Konsens der Eltern und Vormünder konnte vom Gericht nicht ergänzt werden.[6] Nothwendig war ferner ein schriftlicher Ehevertrag, in welchem der Verlobten eine Abfindung für den Fall der Ehetrennung zugesagt wurde, dieser Vertrag war

---

wenn wenigstens eine der Parteien der evangelischen Kirche angehört, dem evangelischen Pfarrer oder doch einem evangelischen Geistlichen am Wohnort des betreffenden Ehepaars unverzüglich Mittheilung zu machen.

1) Vgl. Schröder Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 461 ff.: Zur Lehre von der Ebenbürtigkeit nach dem Sachsenspiegel. Gerber deutsches Privatrecht § 224.

2) Die renovirte Constitution von Verlöbniß- und Ehesachen vom 15. Decbr. 1694 (C. C. M. p. I, Abth. 2 p. 118) verlangte zuerst Genehmigung des Landesherrn zur morganatischen Ehe zwischen Adligen und Bürgerlichen.

3) Projekt des corpus juris Fridericiani part. I, lib. II, tit. III: „Von der Trauung zur linken Hand (de matrimonio ad morganaticam) und von den Beischläferinnen (de concubinis)".

4) Allgemeines Gesetzbuch für die preußischen Staaten Theil II, Tit. 1 § 836 ff.

5) L. R. II, 1 § 836 ff., insbesondere § 841; vgl. jedoch noch L. R. II, 1 § 32 ff.

6) L. R. II, 1 § 845.

nach Ertheilung der landesherrlichen Erlaubniß dem Landesjustizkollegium der Provinz zur Bestätigung vorzulegen. Hierauf wurde die Trauung an die linke Hand vollzogen, es mußte im Kirchenbuch ausdrücklich bemerkt werden, daß die Ehe zur linken Hand geschlossen war.[7]

Die persönlichen Rechte und Pflichten der Ehegatten waren dieselben wie bei einer vollgültigen Ehe. Die Frau erhielt jedoch nicht Namen und Stand des Mannes. Sie hatte nur Anspruch auf den ihrem Stand gemäßen Unterhalt. Der Mann hatte kein Recht am Vermögen der Frau, insbesondere nicht dessen Nießbrauch. Die Ehegatten konnten sich nicht gültiger Weise Geschenke machen, so lange Kinder aus einer vollgültigen Ehe vorhanden waren; sonst waren Geschenke gültig, fielen aber an den Mann zurück, wenn die Frau starb, ohne Kinder zu hinterlassen. Gesetzliches Erbrecht der Ehegatten bestand nicht, die Erwerbsfähigkeit der Frau bezüglich letztwilliger Zuwendungen ihres Gatten war beschränkt, wenn Kinder aus einer vollgültigen Ehe vorhanden waren.

Verwandlung der Ehe in eine vollgültige war zuläſſig, jedoch damit dem Drängen der Frau, vollgültige Ehegattin zu werden, ein Zügel angelegt werde, nur nach landesherrlicher Erlaubniß.[8]

Durch Scheidungsurtheil konnte die Ehe zur linken Hand unter denselben Voraussetzungen getrennt werden, wie die vollgültige. Jedoch berechtigten auch minder erhebliche Beschimpfungen und Thätlichkeiten der Frau den Mann zum Scheidungsantrag, bei Beschimpfungen und Thätlichkeiten des Mannes dagegen sollte auf die Verschiedenheit des Standes der Eheleute billige Rücksicht genommen werden.[9] Im Fall der Scheidung verlor die schuldige Frau Abfindung und Geschenke, der schuldige Mann hatte eine durch richterliches Ermessen zu bestimmende Abfindung bis auf das Doppelte der im Ehevertrag, wie erwähnt, verschriebenen Summe zu leisten.[10]

Kinder aus einer Ehe zur linken Hand führten nicht den Namen des Vaters, sondern den der Mutter, und traten nicht in die Familie des Vaters, gehörten vielmehr der mütterlichen Familie an. Der Vater hatte die väterliche Gewalt über ihre Person, nicht über ihr Vermögen, er hatte dessen Verwaltung, aber nicht den Nießbrauch.[11] Unterhalt und Erziehung konnten die Kinder nur nach dem Stande der Mutter beanspruchen. Hinterließ der Vater Kinder aus einer Ehe zur rechten Hand, so hatten die Kinder aus der linken Hand kein Erbrecht, und nur gesetzlichen Anspruch auf Erziehungs- und Aus-

---

7) L. R. II, 1 §§ 860. 861, über Aufgebot vgl. 855 ff.
8) L. R. II, 1 § 909 ff.
9) L. R. II, 1 §§ 920. 921.
10) L. R. II, 1 § 922 ff.
11) L. R. II, 2 § 557 ff. — §§ 561, 566, 567.

stattungskosten. Waren keine Kinder aus rechter Ehe vorhanden, so erhielten die Kinder der linken Ehe $\frac{1}{3}$; wenn mehr als 3 solcher da waren, die Hälfte; wenn weder Verwandte des Erblassers bis zum 6. Grade noch eine Ehefrau vorhanden waren, das Ganze des väterlichen Nachlasses. Pflichttheilsrecht hatten Kinder zur linken Hand nicht.[12]

3. War die Ehe von Militärpersonen wegen mangelnden Konsenses oder eine andre Ehe wegen Standesungleichheit nichtig, so erhielten die daraus erzeugten Kinder die Rechte der Kinder aus einer Ehe zur linken Hand.[13] Nach dem jetzigen Eherecht sind solche Ehen gültige und die Kinder vollberechtigte.[14]

4. Die Ehe zur linken Hand entsprach weder den sittlichen und religiösen Anschauungen, noch den socialen Anforderungen der neuern Zeit und ist fast aus dem Leben verschwunden. Sie kann derzeit aber auch nicht mehr rechtsgültig eingegangen werden. Denn das Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 kennt nur vollgültige Ehen.[15] Der Standesbeamte ist nur berechtigt, die Verlobten als Eheleute zu verbinden, ohne Beschränkungen zufügen zu dürfen, ebenso wenig darf er in das Heirathsregister einen Vermerk über Abschluß zur linken Hand eintragen.[16] Trauung zur linken Hand ist daher nicht möglich, und da eine Form der Eingehung nicht mehr besteht, das Institut beseitigt.

---

12) L. R. II, 2 § 579 ff. — § 585.

13) L. R. II, 2 § 56, vgl. II, 1 §§ 938. 940.

14) Gesetz vom 22. Februar 1869. Reichsmilitärstrafgesetz v. 20. Juni 1872 § 150.

15) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 52 und § 54 in Verbindung mit L. R. II. 1 §§ 860. 861.

16) Die Fortdauer des Instituts der Ehe zur linken Hand wird freilich von gewichtigen Seiten behauptet. Hinschius bei Koch zu L. R. II, 1 § 861 nimmt an, der Vermerk, daß die Ehe zur linken Hand geschlossen werde, sei gegenüber dem Reichsgesetz nicht unzulässig. Allein das Reichsgesetz §§ 1, 12, 41, 54 kennt solche Vermerke nicht, ebensowenig Bedingungen und Verklausulirungen wie sie derartige „nicht vollgültige" Ehen — L. R. II, 1 § 851 — oder „nicht gültige" Ehen — L. R. II, 1 § 855 — fordern. Es kennt nur eine „rechtsgültige" Ehe, Reichsgesetz § 41. — Die Unzulässigkeit einer besondern Eheschließungsform erkennen auch Rehbein und Reincke an und drucken daher den § 860 und 861 in kleiner Schrift, als Zeichen der Repudiation. Diese §§ lauten: „Nach dieser geschehenen Verlautbarung muß die Ehe durch die wirkliche Trauung an die linke Hand vollzogen werden. Bei der Eintragung der erfolgten Copulation in das Kirchenbuch muß ausdrücklich bemerkt werden, daß die Ehe zur linken Hand geschlossen worden." Dennoch behaupten Rehbein und Reincke zu II, 1 § 835, daß sich die Ehe zur linken Hand erhalten habe, da für dieselbe wesentlich nicht die Trauung an die linke Hand, sondern die Ausschließung der vollen rechtlichen Folgen der Ehe durch den Ehevertrag sei. Dies wird auch von Eccius Bd. 4 § 216 Anm. 4 und im Justizministerium angenommen. Allein das L. R. fordert zur linken Ehe den Vertrag im § 846, und ebenso die besondere Form der Trauung in den §§ 860 und 861. Ganz hinfällig ist der Einwand, daß nach den Materialien des A. L. R. ursprünglich eine solche Form nicht bestimmt war. Denn ursprünglich wollte man Ehen zur linken Hand erleichtern, später aber erschweren. Wenn in einem ältern Fall Abschluß einer „morganatischen" Ehe unter Trauung „zur rechten Hand" zugelassen wurde, so war dies eben keine morganatische Ehe, wie die Absicht war, sondern eine vollgültige, weil

§ 4. Kollision der Statuten über Eherecht.

Bezüglich der Frage, welches von verschiedenen örtlichen Rechten für die Eheverhältnisse maßgebend ist, sind folgende Grundsätze entscheidend.

1. Die Fähigkeit zur Eingehung der Ehe bemißt sich für jeden der Verlobten nach dem Recht seines Wohnsitzes zur Zeit der Eheschließung. Bezüglich der Form der Eheschließung genügt diejenige des Orts ihrer Vornahme.[1]

2. Die persönlichen, wie die Vermögensverhältnisse, der Ehegatten werden geregelt durch das an ihrem Ehewohnsitz geltende Recht.[2] Dies gilt auch für Gegenstände, die sich außerhalb dieses Wohnsitzes befinden. Wenn also am Ehewohnsitz Gütergemeinschaft besteht, so werden auch Grundstücke eines Ehegatten, welche an einem Orte andern Güterrechts belegen sind, den Ehegatten gemeinsam.[3] Der Ehewohnsitz wird durch den Wohnort des Ehemannes bestimmt.[4] Es entscheidet der Wohnsitz, welchen der Mann nach Abschluß der Ehe inne hat, selbst dann, wenn ihn die Frau thatsächlich, sei es mit oder ohne ehemännliche Genehmigung, nicht theilt, da er gesetzlich als der ihre gilt.[5] Hatte der Ehemann einen doppelten Wohnsitz,

---

ihr die Form zur linken Hand fehlte. Aus alledem ergiebt sich, daß, wenn eine Ehe zur linken Hand beabsichtigt wird, solche nach stattgehabter standesamtlicher Verbindung gesetzlich nothwendig eine vollgültige ist. Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 91 Anm. 106 ist derselben Ansicht, erachtet aber morganatische Ehen auch des deutschen hohen Adels für unzulässig, was wir nicht für richtig halten, da für sie ein Sonderrecht besteht, welches die Reichsgesetzgebung nach unsrer Ansicht nicht berührt.

1) Es ist streitig, ob die Fähigkeit zum Eheschluß nach dem bisherigen Wohnsitz der Verlobten oder nach dem ersten Ehesitz zu beurtheilen sei. Das erstere ist um deswillen richtig, weil die Unfähigkeit die gültige Eheschließung eben verhinderte, so daß der Ehewohnsitz keine maßgebende Kraft erhielt. Eccius Bd. 4 § 203 Anm. 8, Zürn Eherecht § 2 Anm. 11, Entsch. d. O.Trib. Bd. 5 S. 250, Bolze R.G. Bd. 8 n. 11. — Ferner ist bestritten, welches Recht bezüglich Irrthum, Betrug, Zwang bei der Eheschließung anzuwenden ist. Sicherer, Personenstand S. 130, will das Recht des Ortes entscheiden lassen, an welchem die Eheschließung geschah. Dies kann aber ein ganz zufällig gewählter Ort sein, dessen Recht zu berücksichtigen den Verlobten sehr fern lag. Das Recht zur Anfechtung der ungültigen Ehe ist eine persönliche Befugniß, für welche der Wohnsitz eines Jeden im Augenblicke der Eheschließung maßgebend ist. — Ueber den Wohnsitz vgl. oben Bd. 1 § 27 Anm. 2.

2) Es gilt also der Satz „locus regit actum", R. G. Bd. 27 S. 103. In denjenigen ausländischen Staaten und Konsulatsbezirken, für welche dem deutschen diplomatischen Vertreter oder Konsul vom Reichskanzler die Ermächtigung zur Eheschließung ertheilt ist, können übrigens Deutsche nicht bloß in der Form des deutschen Rechtes, sondern auch gemäß der durch die Gesetze des Ortes bestimmten Form ehelich verbunden werden. R.G. a. a. O. S. 103.

3) L. R. II, 1 §§ 365. 368. 369.

4) Die R. C. P. O. § 17 spricht nur aus: die Ehefrau theilt in Ansehung des Gerichtsstandes den Wohnsitz des Ehemannes. So auch A. G. O. I, 2 § 87. Darüber, daß dasselbe für die Regel auch bezüglich der Rechtsverhältnisse der Ehefrau gilt, ist aber Einverständniß. Vgl. noch oben Bd. 1 § 27 Anm. 2.

5) Striethorst Archiv Bd. 24 S. 256.

und in dem einen herrscht Gütergemeinschaft, im anderen nicht, so ist anzunehmen, daß unter den Ehegatten keine Gütergemeinschaft entstand.[6]

3. **Verlegt** der Ehemann **seinen** Wohnsitz nach Abschluß der Ehe, so verändert sich der Wohnsitz der Frau von Rechtswegen, auch wenn die Verlegung gegen ihren Willen geschah, wie auch, wenn sie den neuen Wohnsitz thatsächlich nicht theilt. Eine Ausnahme erleidet dies aber, wenn die Frau **berechtigt ist**, dem Manne nicht nach demselben zu folgen.

Welche Rechtsfolgen hat die Verlegung des Ehewohnsitzes?

a) Die **persönlichen Rechte und Pflichten** der Ehegatten sind nach ihrem **jeweiligen Wohnsitz** zu bemessen. Insbesondere verändert sich die **Handlungsfähigkeit der Frau**, z. B. zum Abschluß von Rechtsgeschäften, wenn das Recht des neuen Wohnsitzes von dem des bisherigen verschieden ist.[7]

b) Bezüglich der **Ehescheidungsgründe** und der gesetzlichen Folgen der Ehescheidung muß der **jeweilige** Wohnsitz gleichfalls entscheiden, nicht aber, wie Manche behaupten, der erste Ehesitz; denn die Ehe wird nicht mit dem Recht, unter bestimmten Voraussetzungen geschieden zu werden, geschlossen, da sie vielmehr grundsätzlich lebenslänglich ist.[8] Ein Thatumstand jedoch, der sich am frühern Ehesitz ereignete und dort keinen Scheidungsgrund abgab, kann gleichwohl zu einem solchen durch Verlegung des Ehesitzes nicht werden.[9] [10]

c) Hat endlich die Verlegung nach einem Ort andern Güterrechts auch die Veränderung des bisher auf Grund des Gesetzes bestehenden **ehelichen**

---

6) L. R. II, 1 § 347. Gilt in dem einen Wohnsitz allgemeine Gütergemeinschaft, in dem andern nur Gemeinschaft des Erwerbs, so tritt letztere ein, § 348 das.; besteht in jedem der Wohnsitze Gütergemeinschaft gleichen Umfangs, so sind die mit dem **allgemeinen Landrecht** übereinstimmenden Normen maßgebend, § 349 das. Aeußerstenfalls wird der Wohnsitz, an welchem der erste thatsächliche Aufenthalt genommen wurde, den Vorzug haben, vgl. Gruchot Bd. 17 S. 122.

7) So O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 36 S. 108, ferner R. G. Bd. 6 S. 393. Es wird hierbei vom R. G. hervorgehoben, daß, soweit die Fähigkeit einer Ehefrau durch das eheliche Güterrecht des ersten Ehewohnsitzes modificirt wird, diese Modifikation im Fall einer Wohnsitzverlegung sich erhält, da sich das Güterrecht dauernd nach dem ersten Ehewohnsitz richtet.

8) R. G. Bd. 11 S. 35.

9) R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 839. Anders für gemeines Recht R. G. Bd. 16 S. 138, vgl. auch R. G. Bd. 9 S. 191.

10) Prozessualisch ist die Bestimmung der R. C. P. O. §. 568 Abs. 2: „Gegen den Ehemann, welcher seine Frau verlassen und seinen Wohnsitz nur im Ausland hat, kann von der Ehefrau die Klage bei dem Landgericht seines letzten Wohnsitzes im deutschen Reich erhoben werden, sofern der Beklagte zur Zeit, als er die Klägerin verließ, ein Deutscher war.“ Es fragt sich jedoch, ob es eine Konsequenz dieser Bestimmung bildet, daß der Richter die Ehesache in solchem Fall nach seinem Recht beurtheilt. Wir bejahen dies; andernfalls würde die Absicht dieser Gesetzesnorm nicht zu verwirklichen sein, nämlich die Frau gegen Mißbrauch des Rechts des Ehemanns, den Ehewohnsitz einseitig zu bestimmen, in gewissem Maße zu schützen.

Güterrechtes zur Folge?[11] Die Frage ist gemeinrechtlich sehr bestritten. Aeltere Schriftsteller verneinen dieselbe, gestützt auf die Annahme, daß mit der Eheschließung ein stillschweigender Vertrag des Inhalts verbunden sei, daß sich die Vermögensverhältnisse nach dem ersten Ehewohnsitz zu regeln hätten. Darin lag aber eine unhaltbare Fiktion, so daß sich viele Stimmen für die Veränderung des Güterrechts mit Verlegung des Wohnsitzes entschieden. Dies führt jedoch praktisch zu Mißständen, und kann nicht als Absicht der Gesetze gelten. Das eheliche Güterrecht tritt bei Beginn der Ehe mit der Bestimmung in Kraft, die Vermögensbeziehungen der Ehegatten während der ganzen Dauer der Ehe zu beherrschen. Es ist davon auszugehen, daß die Gesetze des neuen Wohnorts in solche für die Dauer begründeten Güterverhältnisse nicht eingreifen wollen, sondern nur für Ehen bestimmt sind, die in ihrem Herrschaftsgebiet ihren ersten Wohnsitz nehmen. Man muß dies um so mehr unterstellen, als sonst der Ehemann die Macht hätte, nach Willkür eine Abänderung des Güterrechts seiner Ehe herbeizuführen. Von solchen Gesichtspunkten ausgehend ist man neuerdings überwiegend im gemeinen Recht zu jener ältern Ansicht zurückgekehrt.[12] Das preußische Recht hat sie ausdrücklich angenommen.[13]

Eine andre Frage aber ist es, ob gutgläubige Dritte verlangen dürfen, daß Ehegatten, mit denen sie in Rechtsverhältnisse treten, nach dem am Orte gewöhnlichen, von den Dritten beim Vertragsschluß unterstellten ehelichen Güterrechte behandelt werden. Es ist dies für die Regel zu bejahen. Gesetzlich ist der Satz insbesondre für den Fall anerkannt, daß am neuen Wohnsitz Gütergemeinschaft gilt.[14]

§ 5. Zwingende und nichtzwingende Eherechtsnormen.

Die Ehe gehört zwar dem Privatrecht an, da sie von den Einzelnen in Folge ihrer Selbstbestimmung ihrem Interesse und ihrer Neigung entsprechend eingegangen wird, aber der Ehestand ist gleichwohl ein öffentlicher Stand, und

11) Vgl. Albert Teichmann: Ueber Wandelbarkeit oder Unwandelbarkeit des gesetzlichen ehelichen Güterrechts bei Wohnungswechsel. Basel 1879.

12) Vgl. Savigny Bd. 8 S. 328. Bar internationales Privat- und Strafrecht S. 341. R. G. Bd. 6 S. 223 bringt die Unwandelbarkeit des ehelichen Güterrechts auch da zur Geltung, wo eine entgegengesetzte Gerichtspraxis bestand, wie in Holstein, da es in einer partikularen Praxis, die auf unrichtigen Rechtsanschauungen beruht, kein Gewohnheitsrecht findet.

13) L. R. II, 1 § 350ff., unten § 34 bei Anm. 14 u. 15. Die Redaktoren des Landrechts gingen allerdings von dem Gedanken aus, daß sich die Eheleute, wenn sie nichts Andres ausmachten, durch pactum tacitum dem ehelichen Güterrecht des ersten Ehewohnsitzes unterwerfen. Aber diese Konstruktion ist nicht im Gesetz enthalten, dasselbe weist vielmehr auf die richtige Erklärung des Rechtssatzes hin. Ueber das eheliche gesetzliche Erbrecht im Fall der Verlegung des Wohnsitzes vgl. L. R. II, 1 § 495ff., unten § 190 a. E.

14) Vgl. unten § 34 bei Anm. 20.

die Grundlage der bürgerlichen Gesellschaft. Zahlreiche zwingende Normen bringen es zum Ausdruck, daß das gemeine Wesen bei seiner gesunden Gestaltung unmittelbar betheiligt ist.

1. Zwingend sind die Vorschriften über die Form der Eheschließung und die gesetzlichen Anforderungen bezüglich der Fähigkeit zur Eingehung der Ehe. Auch die Rechtssätze über die persönlichen Rechte und Pflichten der Ehegatten sind überwiegend zwingender Natur. Insbesondere gehört hierher die Vorschrift, daß Ehegatten vereint mit einander leben müssen und ihre Verbindung nicht eigenmächtig trennen dürfen.[1] Zwar wird nicht mehr wie früher gegen Eheleute, die sich eigenmächtig trennen, von Amtswegen verfahren.[2] Es sind aber Vereinbarungen, welche dauernde thatsächliche Trennung der Ehegatten bezwecken, als gegen ein Verbotsgesetz streitend, in der Regel unverbindlich; sie werden auch nicht dadurch verbindlich, daß ein Ehescheidungsgrund vorlag und die hiernach drohende rechtliche Trennung durch dieselben in eine bloß thatsächliche umgewandelt wird. Jeder Theil kann also trotz des Vertrags das eheliche Zusammenleben fordern. Ob gleichzeitige pekuniäre Abmachungen, als untrennbar verbunden, gleichfalls unkräftig sind, oder als selbständige Zugeständnisse Geltung behalten, ist Auslegungsfrage, die nach Verschiedenheit der Fälle verschieden zu beantworten ist.[3] Ausnahmsweise ist gültig der vor der Ehe geschlossene förmliche Vertrag, wonach die Frau dem Manne im Falle einer ohne ihren Willen vorgenommenen Verlegung des Wohnsitzes nicht zu folgen braucht.[4]

---

1) L. R. II, 1 § 175.

2) Vgl. Verordnung vom 5. December 1676 wider die, so sich eigenmächtig a thoro et mensa separiren, zu inquiriren, c. c. M. I, Abth. 2 p. 87.

3) Nach dem Thatbestande der Entsch. des O. Trib. Bd. 20 S. 143 hatte die Ehefrau zugegeben, daß die Bestimmung des § 673 Tit. 1, Th. II des A. L. R. wegen unerlaubten Umganges als Ehescheidungsgrund gegen sie angenommen werde; sie verpflichtete sich, nach dem Wohnorte ihres Mannes nicht zurückzukehren, und entsagte ihrem Erbrecht in das Vermögen ihres Mannes, wogegen dieser die Ehescheidungsklage nicht anstellen wollte. Die Erbentsagung war Aequivalent für die Nichterhebung der Ehescheidungsklage und als solches nicht um deswillen anfechtbar, weil die außerdem der Ehefrau aufgelegte Verpflichtung, nicht an den Wohnort des Mannes zurückzukommen, rechtlich unverbindlich war. So richtig die Entscheidung war, so unrichtig ist der in der Ueberschrift zu derselben formulirte Satz, daß ein Vertrag unter Eheleuten, in welchem verabredet worden, künftig der fortbestehenden Ehe unerachtet getrennt von einander leben zu wollen, wenn die Ehe durch den Tod aufgelöst würde, als ein unerlaubter und deshalb in sich nichtiger Vertrag nicht mehr anzufechten sei. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 6 S. 253. Für die Unverbindlichkeit derartiger Verträge hat sich namentlich Entsch. des O. Trib. Bd. 41 S. 183, Striethorst Archiv Bd. 96 S. 286 ausgesprochen.

4) L. R. II, 1 § 682. Auch dieser Vertrag muß ein förmlicher — gerichtlicher oder notarieller — sein, vgl. L. R. II, 1 § 82. Striethorst Archiv Bd. 63 S. 57. Gemeinrechtlich ist die Geltung derartiger Verträge bestritten. Ueberwiegend erachtet man sie, als dem Wesen der Ehe widersprechend, für ungültig. Glück Pand. Bd. 25

2. Freie Hand haben die Betheiligten in der Regel bezüglich der vermögensrechtlichen Folgen der Ehe. Als ungültig sind aber unter Anderm zu erachten Vereinbarungen, welche vor Abschluß der Ehe oder doch vor Eintreten des Falles geschlossen wurden, um die gesetzlichen Ansprüche, welche dem unschuldigen Theil in Folge einer Ehescheidung erwachsen können, im Voraus zu beschränken, da eine Verzichtleistung auf Rechte, die aus künftigen unerlaubten Handlungen eines der Vertragschließenden erwachsen können, unverbindlich ist.[5] Nachdem der Ehescheidungsgrund eingetreten ist, sind Verträge über den Erlaß oder das Maß der Abfindung gültig; der Erlaß muß jedoch ein gerichtlicher sein.[6]

§ 6. Vereinbarungen der Ehegatten über ihr Vermögen.

1. Die Ehegatten sind befugt, vor oder auch nach Eingehung der Ehe Vereinbarungen zu treffen, welche ihr Güterrecht regeln, vorausgesetzt, daß sie die gesetzliche Form wahren, und unvorgreiflich bereits erworbener Rechte Dritter.[1]

2. Eheverträge können Verfügungen auf den Todesfall des einen oder eines jeden Theiles enthalten.[2]

Dieselben sind verschiedener rechtlicher Art. Sie bilden Erbverträge, wenn sie Zuwendungen der Ehefrau an den Ehemann enthalten. Das Landrecht nennt solche Verträge Ehevermächtnisse.[3] Sie sind bald Erbeinsetzungsverträge,[4] bald Vermächtnißverträge.

Ein Erbeinsetzungsvertrag liegt ferner dann vor, wenn der Ehemann seiner Frau eine Quote seines Nachlasses zusagt.[5]

Nach den Grundsätzen der Erbverträge hat der Bedachte bei diesen Geschäften vor dem Tode des Vertragserblassers keinerlei Ansprüche.

3. Anderweite Zuwendungen, welche der Ehemann seiner Frau auf den Todesfall macht, gelten als Wittwenversorgung. Sie haben das Wesen

---

S. 344. Andrer Ansicht ist aber unter u. A. die kurhessische Praxis, vgl. Pfeiffer Prakt. Ausführungen Bd. 5 S. 98, 131 und 145. Insbesondre kommt der Fall in Betracht, daß eine Wittwe, die Landbesitz oder ein Gewerbe hat, heirathet, um einen männlichen Beistand zu haben. Uebrigens nimmt man an, daß der Vertrag nur Geltung haben könne rebus sic stantibus, nicht si justa et urgens supervenerit domicilii mutandi causa. Dies hat auch für den Vertrag des § 682 des Titels zu gelten.

5) L. R. I, 16 § 400. Striethorst Archiv Bd. 14 S. 341, oben Bd. 1 § 85 bei Anm. 5 und 6.

6) L. R. II, 1 § 824 ff. Vgl. noch Striethorst Archiv Bd. 24 S. 123.

1) L. R. II, 1 §§ 205, 251 ff., 360 ff.

2) L. R. II, 1 § 438. Suarez in der Schlußrevision, v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 118. Unten § 176 im Text vor Anm. 16.

3) L. R. II, 1 § 452.

4) L. R. II, 1 §§ 454, 455.

5) L. R. II, 1 § 468.

von lästigen Geschäften unter Lebenden. Sie sind durch den Wittwenstand der Ehefrau bedingt. Das Landrecht bezeichnet derartige Geschäfte als Gegenvermächtnisse.[6] Und zwar können dieselben sein:

a) Kapitalzuwendungen in Geld oder anderen Werthen — unmittelbare Uebereignung oder Versprechen — Gegenvermächtnisse im engeren Sinne.

Für den Fall, daß ein derartiges Gegenvermächtniß zugesagt ist, nicht aber dessen Höhe, soll es, wenn es nach der Absicht der Vertragschließenden im Verhältniß zum Eingebrachten stehen sollte, auf dessen Hälfte festgestellt werden, falls solche Absicht nicht sichtbar, aber ein Ehevermächtniß verschrieben ist, dessen Betrag haben; sonst aber als unbestimmbar wirkungslos sein.[7]

b) Häufig erfolgt die Versorgung durch Zuwendung des Nießbrauchs an bestimmten Objekten des Vermögens des Ehemannes. Das Landrecht wendet hier den Ausdruck Leibgeding an.[8]

c) Die Versorgung kann endlich in Rente geschehen, vom Gesetz Witthum genannt.[9] Ist die Höhe eines derartigen Witthums unbestimmt geblieben, so soll der nothdürftige, standesgemäße Unterhalt geleistet werden, soweit die Frau denselben nicht in den Nutzungen des eigenen Vermögens findet; jedenfalls aber soll der vierte Theil der für ihren standesmäßigen Unterhalt nöthigen Summe geschuldet sein.[10]

Nicht bloß vom Ehemann, auch von anderen Personen, z. B. dem Vater, dem Bruder desselben kann der Frau ein Leibgeding oder ein Witthum ausgesetzt werden.[11]

Dasselbe ist der Ehefrau nicht bloß dann geschuldet, wenn die Ehe durch Tod, sondern auch wenn dieselbe durch Ehescheidung ohne Schuld der Frau getrennt wurde. Dies entspricht auch dem Zweck als Wittwenversorgung.[12]

Aus Leibgeding und Witthum verfallen Ansprüche nur solange, als sich die Wittwe nicht wieder verheirathet.[13] Der Wiederverheirathung steht die auf Grund einer Klage des Belasteten erfolgte rechtskräftige Feststellung

---

6) L. R. II, 1 §. 456 ff. Das mittelalterliche Recht kannte vorzugsweise das Leibgeding, wodurch der Frau ein Nießbrauch an bestimmtem Vermögen des Mannes unter Lebenden überwiesen wurde, so jedoch, daß die Ausübung bis zum Tode des Mannes aufgeschoben blieb, Sachsenspiegel I, 21.

7) L. R. II, 1 §. 459 ff. Diese §§. wurden erst bei der Revision des Gesetzbuchs eingeschoben; sie sind wenig praktisch.

8) L. R. II, 1 §. 457. Es entspricht dies dem historischen Gebrauch des Wortes.

9) L. R. II, 1 §. 458. Gemeinrechtlich bezeichnet man auch den Nießbrauch der Frau als Witthum.

10) L. R. II, 1 §. 462 ff.

11) Vgl. L. R. I, 11 §. 598.

12) L. R. I, 11 §. 601.

13) L. R. II, 1 §. 471 ff.

einer zum öffentlichen Aergerniß gereichenden liederlichen Lebensart der Wittwe gleich. Diese Verlustgründe treten jedoch nicht ein, wenn die Frau Leibgeding oder Witthum statt ihres Eingebrachten in der Erbschaft ihres Ehemannes lassen mußte.[14] Das durch Wiederverheirathung verlorne Recht lebt durch spätern neuen Wittwenstand nicht auf.[15]

Abtretung des Leibgedings der Ausübung nach und Cession des Witthums sind zulässig. Das Recht des Erwerbers hört auf, wenn die Wittwe sich wieder verheirathet oder sonst ihres Rechts verlustig geht. Er hat dann aber einen Rückgriff gegen die Wittwe, sofern ihn diese für den Fall ihrer Verheirathung nicht ausschloß. Beim Witthum führt der Rückgriff dazu, daß nun die Wittwe statt des bisher Belasteteten dem Cessionar die Rente zu entrichten hat.[16]

War der Frau vorbehalten, zwischen ihrem Eingebrachten und dem Witthum zu wählen, so hat sie während des Trauerjahrs eine Ueberlegungsfrist.[17] Wählt sie nicht längstens mit dessen Ablauf, so ist anzunehmen, daß sie das Recht auf das Witthum verliert, da es ihr nur bedingt zugedacht war.[18]

Alle diese Geschäfte sind lästige Verträge, keineswegs Schenkungen. Denn die Frau widmet ihr Leben dem Manne. Dieser ist daher natürlicherweise verpflichtet, für ihr Schicksal zu sorgen. Um deswillen hat die Ehefrau gegenüber dem Ehemann unter Lebenden wegen des Gegenvermächtnisses denselben Anspruch auf Sicherstellung, wie wegen ihres Eingebrachten,[19] sie ist ferner im Fall des Konkurses ihres Mannes Konkursgläubiger.[20] Hiernach gehört sie auch nach dem Tode ihres Ehemannes zu den Erbschaftsgläubigern, steht also denselben nicht, wie Vermächtnißnehmer und sonstige

---

14) L. R. II, 1 § 474.
15) L. R. II, 1 § 473.
16) Vgl. aber Entsch. des O. Trib. Bd. 3 S. 324. Zürn Eherecht § 21 Anm. 24.
17) L. R. II, 1 § 475 ff., § 436.
18) Das Gesetz hat sich über die Frage nicht ausgesprochen.
19) L. R. II, 1 § 465.
20) L. R. II, 1 § 466 ff. gewährte der Frau ein Vorrecht, welches nach der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 84 Ziff. 4 weggefallen ist. Nachstehen sollten nach L. R. § 467 die bezüglichen Forderungen der Frau andern Gläubigern nur, wenn der Mann zur Zeit der Einräumung der Vortheile bereits überschuldet war. Nach der angeführten Konkursordnung dagegen sollten alle Forderungen, welche Zuwendungen auf den Todesfall bildeten, auch wenn sie in Eheverträgen zugesichert waren, andern Forderungen nachstehen und im Konkurse des Gemeinschuldners nicht geltend gemacht werden können. Weit günstiger stehen aber die bezüglichen Forderungen nach der Reichskonkursordnung § 56, denn nach dieser sind vom Konkursverfahren nur ausgeschlossen Forderungen aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners, wohin eben die Ansprüche der Wittwe auf das Gegenvermächtniß nicht zählen. Sie unterliegen daher im Konkurse nur der Anfechtung nach § 24 Ziff. 2 — vgl. oben Bd. 2 § 129 —, wenn sie im letzten Jahre vor Eröffnung des Verfahrens zugebilligt wurden, sofern der Bedachte nicht beweist, daß ihm zur Zeit des Vertragsabschlusses eine Absicht des Gemeinschuldners, die Gläubiger zu benachtheiligen, nicht bekannt war. Anderer Ansicht Rehbein Bd. 4. S. 283.

letztwillig Bedachte, nach. Folgerecht sind zu derartigen Zuwendungen in Eheverträgen auch Personen befugt, welche zu letztwilligen Verfügungen nicht berechtigt wären, sei es in Gemäßheit eines mit einem Dritten geschlossnen Erbvertrags oder in Folge des Erwerbs der Erbschaft eines Mittestators durch korrespektives Testament.[21]

Soweit die Zuwendung das zum standesmäßigen Unterhalt der Frau Erforderliche offenbar überschreitet, hört sie auf, Gegenvermächtniß d. h. Wittwenversorgung zu sein. Dies ist nicht besonders gesetzlich bestimmt, folgt aber aus dem Wesen des Instituts.

§ 7. Die Form der Verträge über das Vermögen der Eheleute.

1. Verträge, welche vor Abschluß der Ehe über das Vermögen der künftigen Eheleute, insbesondre über das Einbringen und die Verwaltung des Vermögens der Frau geschlossen werden, bedürfen der gerichtlichen oder notariellen Aufnahme.[1] Diese Form genügt auch für Erbverträge unter den Ehegatten.[2]

Begründung der Gütergemeinschaft, sowie deren Ausschließung in Fällen, in welchen sie an sich statutarisch eintreten würde, fordert auch, wenn sie durch Vertrag vor der Ehe geschehen soll, Gerichtlichkeit.[3]

2. Nach Abschluß der Ehe bedarf es zur Aenderung des ehelichen Güterrechts gerichtlicher Aufnahme des Vertrags. Insbesondere gilt dies für Verträge, durch welche während der Ehe das eingebrachte Vermögen für vorbehaltenes erklärt wird,[4] oder vorbehaltenes für eingebrachtes, oder die Gütergemeinschaft eingeführt oder auch aufgehoben wird.

3. Außerdem bedürfen der gerichtlichen Aufnahme Rechtsgeschäfte, durch welche die Frau in stehender Ehe zu etwas, wozu die Gesetze sie nicht verpflichten, dem Manne oder zu seinem Vortheil verbindlich gemacht werden soll.[5]

---

21) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 69 S. 61 ff.

1) L. R. II, 1 §§ 82 u. 209. A. G. O. II, 1 § 10 Ziff. 5. Bei gemeinen Landleuten genügt Abschluß vor dem Dorfgericht, L. R. II, 1 § 83, unten § 10 Anm. 12. Gerichtliche Form ist nöthig, sofern im Ehevertrag auch eine Einkindschaft stipulirt wird. L. R. II, 2 §§ 721. 722.

2) L. R. II, 1 §§ 440. 441. A. G. O. II, 1 § 10 Ziff. 5.

3) L. R. II, 1 § 356, § 422, Gesetz vom 20. März 1837, unten § 34.

4) L. R. II, 1 § 209. Gruchot Bd. 15 S. 127, Bd. 17 S. 852.

5) L. R. II, 1 § 198. Es besteht wohl ein historischer Zusammenhang dieser Vorschrift mit der älteren deutschen Rechtssatzung, wonach die Frau dem Manne nichts zuwenden konnte, Sachsenspiegel I, 31 § 2, Martitz eheliches Güterrecht des Sachsenspiegels S. 231, Kraut Vormundschaftsrecht Bd. 2 S. 432 ff., was man wenigstens in späterer Zeit auf dessen Vormundschaft zurückführte, so daß Zuziehung

Es ist hierbei ein **Beistand** der Frau zuzuziehen.[6] [7]

Die Gerichtlichkeit sollte die Frauen vor Allem gegen übereilte, für ihre Ehemänner übernommene **Intercessionen** schützen. Sie ist jedoch in dieser Hinsicht durch das Gesetz vom 1. December 1869, welches die Formen der Intercessionen beseitigte, außer Kraft gesetzt.[8]

Die Gerichtlichkeit ist dagegen noch immer bei Uebernahme von **obligatorischen Verbindlichkeiten** der Frau gegenüber ihrem Ehemanne oder zu dessen Vortheil nothwendig z. B. bei Schenkungsversprechen[9] der Frau, sowie bei Bestellung von Hypotheken und Grundschulden.[10] Auch bei **zweiseitigen Geschäften**, wie Kauf-, Tausch-, Pachtkontrakten mit dem Ehemanne,[11] ferner bei Darlehnsverträgen und andern Realverträgen, durch welche sich die Frau ihrem Manne verbindet, ist sie anzuwenden,[12] so daß der Mann im Falle ihrer Versäumung nur eine Kondiktion auf Rückgabe des Hingegebnen hat.

---

eines Beistandes für genügend galt. Carpzov def. for. 2 cap. 14 def. 22. So auch noch Entwurf des Gesetzbuchs Theil 1 Abth. 1 Tit. 1 § 146.

6) L. R. II, 1 §§ 200. 201, vgl. L. R. II, 1 § 343. Der Beistand ist nicht erforderlich, wenn ein gesetzlicher Vertreter der Frau das Geschäft für sie schließt. Entsch. d. O. Trib. Bd. 40 S. 128. Die Frau bestellt den Beistand, in Ermangelung dessen bestellt ihn der Richter.

7) Die bloße gerichtliche Anerkennung der Unterschrift eines außergerichtlichen Vertrags reicht nicht hin, weil der Richter die Frau gegen Uebereilung und Hintergehung schützen soll; es ist also erfordert eine Darlegung des **Inhalts** des Geschäfts bei Gericht und dessen richterliche Prüfung. Vgl. Präjudiz des O. Trib. n. 587.

8) Die entgegengesetzte Ansicht hat zwar A. G. Naumburg bei Johow Entsch. d. Pr. App. Gerichte Bd. 1 S. 125 vertheidigt, weil die §§ 198 ff. nicht auf der jetzt aufgegebnen Annahme einer allgemeinen levitas sexus beruhten, sondern auf dem besondern Verhältniß der Ehefrau zum Ehemann, für welches sie Specialgesetz seien. Diese Auffassung ist weiter von v. Kräwel in Behrend's Zeitschrift Bd. 4 S. 113 und bei Gruchot Bd. 21 S. 762 ausgeführt. Es war indessen bei Erlaß des Gesetzes vom 1. December 1869 die Absicht, **jede** besondere Form für die Intercessionen der Frauen zu beseitigen, namentlich also auch die besondren Formen der Intercession der Frauen für ihre Ehemänner aufzuheben. Gerade die Bürgschaftsleistungen der Frauen für ihre Ehemänner sind die praktisch wichtigsten Intercessionen der Frauen. Es ist daher auch für das gemeine Recht die authentica si qua mulier ausdrücklich beseitigt worden. So auch Entsch. des Obertribunals Bd. 78 S. 181, Möller bei Gruchot Bd. 16 S. 212 ff., oben Bd. 1 § 48 Anm. 7. Freilich ist nicht zu leugnen, daß dieses Vorgehen der Gesetzgebung eine Inkonsequenz enthält und daß es ein legislativer Mißgriff war, andere Verträge der Frau zu Gunsten des Mannes an die Gerichtlichkeit zu binden, hinsichtlich der Intercessionen aber diesen Schutz fallen zu lassen. Daß die Form der Gerichtlichkeit in der That für Verträge der Frau mit ihrem Ehegatten ihre guten Gründe hat und heilsam wirken kann, hat Kräwel bei Gruchot a. a. O. nachgewiesen. Ueber Intercessionen vgl. oben Bd. 2 § 66.

9) Dies trotz L. R. II, 1 §§ 310. 311, wonach Schenkungen unter Ehegatten wie unter Fremden zulässig sind. Denn hierdurch wird nur über die Zulässigkeit der Schenkungen unter Ehegatten an sich entschieden, die besondre Form aber nicht berührt. So mit Recht Koch zum § 198. Vgl. noch oben Bd. 1 § 89 Anm. 9.

10) Johow Entsch. A. G. Bd. 8 S. 211.

11) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 43 S. 94.

12) Es hat jedoch das Obertribunal bei Striethorst Archiv Bd. 43 S. 94 entgegengesetzt entschieden.

Ob die gerichtliche Form auch nothwendig ist, wenn die Frau ihrem Ehemann etwas unmittelbar zuwendet, ohne sich zu verpflichten, z. B. mittels Handgeschenks, Abtretung einer Forderung, Löschungsbewilligung, kann zweifelhaft sein. Die Praxis ist hierfür.[13]

Das fragliche Geschäft muß aber eine Vermögensaufopferung Seitens der Frau zum Hauptinhalt haben. Daher wird die Frau ihrem Manne aus einem außergerichtlich ertheilten Auftrage verbunden, da die hieraus gegen sie erwachsende a. mandati contraria nicht den Zweck des Geschäfts ausmacht.[14]

Verträge zwischen Mann und Frau, welche der vorgeschriebnen Form entbehren, gelten nicht als nichtig, sie sind nur Seitens der Frau wegen des Formmangels anfechtbar.[15] Der Mann ist seinerseits durch den außergerichtlichen Abschluß des Vertrags gebunden, es treten daher die Grundsätze über hinkende Verträge ein. Das Geschäft wird nach Auflösung der Ehe, auch durch außergerichtliche Anerkennung geheilt, namentlich also auch dadurch, daß die Frau fortan die für sie aus demselben entspringenden Vortheile in Anspruch nimmt.[16]

§ 8. Ungültige und nichtige Ehen.

1. Eine Verbindung von Personen beiderlei Geschlechts, welche in den Formen der Ehe eingegangen ist, kann, wenn die rechtlichen Voraussetzungen der Ehe fehlen, dennoch nur durch rechtskräftiges Urtheil ihre Lösung finden.[1] Dieses Urtheil zerstört den Schein der Ehe und bekundet deren Nichtbestehen.

2. Die Terminologie des preußischen Rechts, welcher sich die Reichscivilprozeßordnung angeschlossen hat, unterscheidet ungültige und nichtige Ehen.[2]

---

13) Jahrb. d. Kamm. Ger. Bd. 2 S. 154, Bd. 10 S. 123, Bolze Bd. 5 n. 813. Anders unsere früheren Auflagen.

14) Daß die außergerichtliche Vollmacht den Mann Dritten gegenüber als Vertreter der Frau legitimirt, ist keinenfalls zu bezweifeln. Der § 200 des Titels bezieht sich hierauf nicht, Präj. 508.

15) L. R. II, 1 § 199. R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1039 und in Strafsachen Bd. 10 S. 256. Vgl. Simon und Strampff Rechtsf. Bd. 4 S. 111, sowie die dort angeführten, Koch zu L. R. II, 1 § 199, insbesondere aber Entsch. des O. Trib. Bd. 53 S. 75. — Der Grundbuchrichter hat gleichwohl den Formmangel von Amtswegen zu beachten.

16) Striethorst Archiv Bd. 38 S. 70 ff.

1) Zu unterscheiden ist also „Nichtehe“ von der nichtigen Ehe. Erstere, bei welcher auch der Anschein einer rechtsbeständigen Ehe fehlt, bedarf der Aufhebung durch Richterspruch nicht. Nicht zutreffend nennt sie Eccius Bd. 4 S. 81 eine „thatsächlich unmögliche“ Ehe, denn eine im Gebiete des Deutschen Reiches bloß vor einem Priester eingegangene Ehe ist nicht thatsächlich aber rechtlich unmöglich.

2) L. R. II, 1 §§ 933 ff., 950, 951, 934, 973, 975; ähnlich R. C. P. O. § 592. Peters die Ehescheidung 1881 S. 84. In ähnlicher Weise unterscheidet man auch gemeinrechtlich impedimenta juris publici und juris privati. Vgl. Uhlein im Archiv

Nichtig ist die Ehe, welche einem im öffentlichen Interesse ergangnen Verbot zuwider läuft, insbesondere die blutschänderische, die bigamische, die zwischen Ehebrechern verbotene Ehe. Die Nichtigkeitsklage kann im öffentlichen Interesse von Amtswegen durch den Staatsanwalt erhoben werden;[3] es ist außerdem Jeder zu deren Geltendmachung legitimirt, welcher an derselben ein Interesse hat.[4]

Ungültig ist die Ehe, welche vorzugsweise Privatinteressen verletzt. Die Ungültigkeitsklage kann stets nur von Demjenigen, dessen besonderes Recht durch die Eheschließung verletzt ist, nicht aber von Dritten oder von Amtswegen geltend gemacht werden. Sie ist von der Anstellung innerhalb bestimmter Fristen — regelmäßig 6 Monaten — abhängig.[5] Ausdrückliche Genehmigung der Ehe Seitens der Anfechtungsberechtigten innerhalb der Frist macht die Ehe sofort zur unanfechtbaren.[6] Die Ungültigkeitsklage ist in der Regel unvererblich.[7]

---

für civ. Pr. Bd. 14 S. 38, Scheurl a. a. O. S. 350. Stölzel Umgestaltung der Vorschriften des A. L. R. über ungültige Ehen durch die neuere Gesetzgebung in Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 17 S. 60 ff.

3) L. R. II, 1 § 951; R. C. P. O. § 586.

4) Die R. C. P. O. § 586 schreibt vor: inwiefern zur Erhebung der Nichtigkeitsklage ein Ehegatte oder ein Dritter befugt sei, bestimme sich nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts. Ob nach preußischem Recht eine derartige Befugniß Privaten zustehe, ist bestritten. Das O. Trib. Entsch. Bd. 1 S. 32, Bd. 34 S. 177, Bd. 44 S. 140, Bd. 51 S. 250 weist die Nichtigkeitsklage ausschließlich der Behörde zu. Allgemeinen Grundsätzen entspricht dies nicht, denn Nichtigkeiten können in der Regel von jedem dabei Interessirten geltend gemacht werden und positive Vorschriften des preußischen Rechts, welche die Beschränkung rechtfertigen, bestehen nicht. Nach L. R. II, 1 § 950 darf der Richter die Fortsetzung nichtiger Ehen nicht dulden, dies beweist nicht, daß Anderen die Legitimation zur Klage fehlt; der § 952 des Titels fährt vielmehr fort: Es entstehen daher unter den Verbundnen selbst niemals Rechte und Pflichten, wie aus einer wirklichen Ehe. Es ist anzunehmen, daß sie dies auch gerichtlich geltend machen können, L. R. Einl. § 89. Wenn L. R. II, 1 § 973 äußert: ungültige Ehen können nur auf Anrufen des Verletzten als nichtig erklärt werden, so scheint angedeutet, daß nichtige Ehen gleichfalls durch den Verletzten, aber auch durch die Behörde angefochten werden können. Sollte insbesondre der gutgläubige Theil die Nichtigkeitsklage wegen einer von der anderen Seite wissentlich bigamisch abgeschlossenen Ehe nicht haben? — Eine Ausnahme nehmen wir jedoch für den § 12 Anm. 28 besprochenen Fall an.

5) Vgl. L. R. II, 1 §§ 976, 986, 990, 994, 999, 984. Eine Frist von 6 Wochen läuft in den Fällen von L. R. II, 1 § 41. Die Frist wird nicht durch thatsächliche Ehetrennung gewahrt R. G. Bd. 27 S. 228. Ob durch gerichtliche Protestation siehe unten § 13 Anm. 16.

6) Nach Stölzel Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 17 S. 79 ist Verzicht auf die Anfechtungsklage innerhalb der Frist bedeutungslos, die Ehe soll nur durch Wiederholung der Eheschließung schon in der Zwischenzeit unanfechtbar werden. Dies läßt sich aus allgemeinen Grundsätzen nicht begründen, entspricht auch nicht dem positiven Gesetz. L. R. II, 1 § 41 erklärt eine wegen Zwang, Betrug oder Irrthum ungültige Ehe im Fall ausdrücklicher Genehmigung für verbindlich. Dies ist auf alle Fälle der Ungültigkeit auszudehnen.

7) Eine Ausnahme findet sich in Fällen des Mangels freier Einwilligung L. R. II 1 § 41 ff., vgl. unten § 13 Anm. 15 und 16.

3. Da das Erkenntniß präjudicielle Bedeutung gewinnen soll, so kann die Nichtigkeits- und die Ungültigkeitsklage, so lange die Ehegatten leben, nur in einem Rechtsstreit verhandelt werden, an welchem die Ehegatten beide, sei es als Kläger und Beklagte, sei es als gemeinsame Beklagte Theil nehmen.[8] Das zwischen ihnen oder ihnen gegenüber gefällte Erkenntniß macht Rechtskraft auch gegen Dritte.[9]

4. Ist die nichtige oder ungültige Ehe bereits durch Tod oder Scheidung getrennt, so kann eine Nichtigkeits- oder Ungültigkeitsklage wegen derselben nicht mehr angestellt werden. Insbesondere ist der Staatsanwalt dann nicht befugt die Nichtigkeitsklage zu erheben, da ein öffentliches Interesse zur Anullirung der Eheschließung nicht mehr besteht.[10]

Soweit jedoch Dritte bei der Nichtigkeit oder Ungültigkeit der Ehe wegen Vermögens- oder Familienbeziehungen rechtlich interessirt sind, kann ihnen eine Klage auf Feststellung nicht abgesprochen werden.[11] Um eine „Ehesache" im technischen Sinne handelt es sich hierbei nicht.

5. Eine nichtige Ehe kann nicht nachträglich konvalesciren, sie bleibt stets mit dem Fehler behaftet. Das gilt selbst im Falle nachträglicher Dispensation vom Ehehinderniß des Ehebruchs. Nur eine neue Verbindung ist möglich. Die ungültige Ehe ist in der Schwebe, so lange die Ungültigkeit geltend gemacht werden kann. Sie gilt als von Anfang an gültig, wenn das Ehehinderniß gehoben ist.[12]

6. Ungültige wie nichtige Ehen sind bis zur rechtskräftigen Entscheidung wie wahre Ehen zu respektiren.[13] Insbesondere liegt das Verbrechen der Bigamie vor, wenn der in einer ungültigen oder nichtigen Ehe lebende Ehegatte vor rechtskräftiger Ungültigkeits- oder Nichtigkeitserklärung zu einer neuen Ehe schreitet.[14]

---

8) Die R. C. P. O. § 586 spricht nur für die Nichtigkeitsklage aus: die von dem Staatsanwalt oder einem Dritten erhobene Klage ist gegen beide Ehegatten, die von einem Ehegatten erhobene Klage ist gegen den andern Ehegatten zu richten. Das Gleiche muß aber — natürlich abgesehen vom Staatsanwalt — bei der Ungültigkeitsklage gelten.

9) R. C. P. O. § 588 bestimmt: so lange die Ehegatten leben, könne die Nichtigkeit der Ehe nur auf Grund einer Nichtigkeitsklage ausgesprochen werden. Für die Ungültigkeit gilt aber dasselbe. Denn auch sie kann im Wege der bloßen Einrede nicht geltend gemacht werden, erfordert ist vielmehr auch hier ein positives Ergebniß, welches nur durch Klage oder Widerklage zu gewinnen ist.

10) R. G. Bd. 28 S. 290.

11) Vgl. L. R. II, 1 §§ 43, 44, R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 114, oben Bd. 1 § 125 Ziff. 6.

12) L. R. II, 1 § 975.

13) R. G. Bd. 28 S. 292. Bis zum Urtheil ist die Ehe rechtlich in allen Beziehungen, auch in denen des Vermögens als bestehende zu behandeln nach R. G. in Strafsachen Bd. 7 S. 133. Zu Gunsten eines Dritten, welcher die Nichtigkeit kennt, kann dies aber nicht gelten.

14) Strafgesetzbuch § 171.

7. Das rechtskräftige Erkenntniß ergiebt das Nichtbestehen der nichtigen und der ungültigen Ehe von Anfang an. Die derselben entsprungenen Kinder sind also illegitim, und zwar von Anfang an; doch ist ihre Stellung unter den unehelichen Kindern eine bevorzugte.[15] Auch die Vermögensfolgen, welche sich an die gültige Ehe geknüpft hätten, gelten als nicht eingetreten.[16]

Der Mann wird daher als Verwalter fremder Güter betrachtet, soweit er das Vermögen der Frau in seine Verwaltung genommen hat. Doch hat er wegen der Nutzungen, welche er bis zu rechtskräftiger Vernichtung der Ehe gezogen hat, keine Rechnung zu legen, vielmehr werden diese Nutzungen gegen die Lasten der Ehe aufgerechnet, wenn er gutgläubig oder wenn beide Theile bösgläubig waren.[17] War aber der Mann bei Eingehung der Ehe gutgläubig, die Frau allein bösgläubig, so hat er nur für grobes Versehen einzustehen.[18] War endlich der Mann allein bösgläubig, so gilt er als unredlicher Besitzer des von ihm verwalteten Gutes der Frau, daher hat er die Nutzungen wie ein unredlicher Besitzer herauszugeben und kann nur aufrechnen, was er erweislich zum Unterhalt oder zum Nutzen der Frau verwendet hat.[19] — Der gute Glaube ist nach der Zeit des Eheschlusses zu bemessen.

Gegenüber redlichen Dritten, welche bis zur rechtskräftigen Aufhebung der Ehe mit den Ehegatten Rechtsgeschäfte schlossen, treten dieselben Rechtsfolgen ein, wie wenn die Ehe gültig gewesen wäre.[20]

8. Der getäuschte Ehegatte hat gegen den schuldigen Theil Anspruch auf die höchsten Ehescheidungsstrafen. Der Klagantrag auf Erklärung der Schuld des andern Theils kann mit dem auf Auflösung der Ehe verbunden werden.[21]

§ 9. Besonderes Verfahren in Ehesachen.

1. Der Staat hat an der Unverletztheit der Ehen ein hervorragendes Interesse. Um deswillen ist das Verfahren in Ehesachen eigenthümlich gestaltet. Dasselbe erfuhr insbesondere durch die unter König Friedrich Wilhelm IV. erlassene Verordnung vom 28. Juni 1844 eine eigene Regelung. Diese Verordnung wurde zwar mit dem Inkrafttreten der Reichscivilprozeßordnung außer

---

15) Vgl. unten § 72.
16) L. R. II, 1 § 952.
17) L. R. II, 1 § 953 ff. Vgl. oben Bd. 2 § 184.
18) L. R. II, 1 § 959.
19) L. R. II, 1 § 956. Das in L. R. II, 1 § 958 der gutgläubigen Frau zugebilligte Vorzugsrecht im Konkurse ist durch Konk. O. vom 8. Mai 1855 § 80 Abs. 2 weggefallen.
20) L. R. II, 1 § 961.
21) L. R. II, 1 §§ 963 ff., 974. Striethorst Archiv Bd. 47 S. 107.

Kraft gesetzt; ihre Bestimmungen sind jedoch zu einem erheblichen Theil in dieses Gesetz übergegangen.[1]

2. Ehesachen sind im Sinne der Prozeßgesetzgebung diejenigen Rechtsstreitigkeiten, welche die Trennung einer gültigen Ehe, sowie die Erklärung der Ungültigkeit oder Nichtigkeit einer Ehe zum Gegenstand haben, endlich die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens.[2] Mit Rücksicht auf die Wichtigkeit derartiger Sachen ist das Landgericht, bei welchem der Ehemann seinen allgemeinen Gerichtsstand hat, ausschließlich zuständig.[3] Die Klage auf Herstellung des ehelichen Lebens, die Ehescheidungsklage und die Ungültigkeitsklage können zusammen verhandelt werden, sei es in Folge einer Klagenverbindung oder einer Widerklage; Verbindung von Klagen aus Ehesachen mit Klagen oder Widerklagen anderer Art ist unzulässig. Es bezieht sich dies Verbot auch auf Klagen, welche die vermögensrechtlichen Folgen der Ehetrennung zum Gegenstand haben, natürlich aber nicht auf den richterlichen Ausspruch über die Schuld des einen oder des andern Ehegatten bei der Ehescheidungsklage.[4] Mit der Nichtigkeitsklage kann eine andere Klage nicht verbunden, als Widerklage kann gegen sie nur eine Nichtigkeitsklage erhoben werden.[5][6]

---

1) Vgl. auch A. G. O. Th. I Tit. 40 „Ehesachen", insbesondere § 20 ff. Die Verordnung vom 28. Juni 1844 ist ausdrücklich außer Kraft gesetzt durch das preußische Ausführungsgesetz zur deutschen Civilprozeßordnung vom 24. März 1879 § 5 Abs. 1.

2) R. C. P. O. § 568 Abs. 1; vgl. Verordnung vom 28. Juni 1844 § 1. Die Herstellung des ehelichen Lebens ist übrigens im Gebiete des L. R. nicht Gegenstand selbständiger Klage, sondern nur Zweck eines der Scheidung wegen böslicher Verlassung vorhergehenden Verfahrens; vgl. unten § 18 Ziff. 2. Dies ist durch R. C. P. O. § 774 Abs. 2 nicht geändert. — Keine Ehesachen im hier besprochenen Sinne bilden Klagen auf Abschließung einer Ehe aus einem Verlöbniß und auf Einwilligung zum Abschluß einer Ehe.

3) R. C. P. O. § 568 Abs. 1, § 40 Abs. 2. Gegen den Ehemann, welcher seine Frau verlassen und seinen Wohnsitz nur im Ausland hat, kann von der Ehefrau die Klage beim Landgericht seines letzten Wohnsitzes in Deutschland erhoben werden, sofern der Beklagte zur Zeit, als er die Klägerin verließ, ein Deutscher war. R. C. P. O. § 568 Abs. 2, R. G. Bd. 9 S. 394. — Vgl. auch oben § 4 Anm. 10.

4) R. C. P. O. § 575. Vgl. noch R. G. Bd. 5 S. 165, Bd. 31 S. 281.

5) R. C. P. O. § 587.

6) R. C. P. O. § 51 Abs. 1 erklärt Personen „insoweit prozeßfähig, als sie sich durch Verträge verpflichten können". Hieraus leitet Stölzel Ztschrft. für Kirchenrecht Bd. 17 S. 99 den Satz her, daß nunmehr auch minderjährige Ehemündige selbständige Parteien in Ehestreitigkeiten seien, und gründet hierauf sehr tiefgreifende Aenderungen des persönlichen Eherechts. Allein die Ausführung Stölzels ist grundlos. Denn unter Verpflichtungsfähigkeit ist natürlich selbständige Verpflichtungsfähigkeit zu verstehen. Der minderjährige Ehemündige aber kann die Ehe nicht gültigerweise schließen ohne Einwilligung des Vaters beziehungsweise des Vormunds. Er ist also auch nicht selbständig bezüglich der Ehe prozeßfähig. Das großjährige Hauskind ist freilich auch an die Einwilligung des Vaters bei Schließung der Ehe bis zum fünfundzwanzigsten, beziehungsweise vierundzwanzigsten Jahre gebunden. Seine Prozeßfähigkeit ist aber durch R. C. P. O. § 51 Abs. 2 besonders gewahrt.

3. Da die Ehesachen der Verfügung der Betheiligten nicht unterworfen sind, so hat bei denselben die **Verhandlungsmaxime** keine Anwendung. Das Prozeßziel ist hier **materielle Wahrheit**.

Diesem Zweck soll die **Befugniß** des **Staatsanwalts** dienen, am Prozesse Theil zu nehmen. Er hat in Ehescheidungssachen und Ungültigkeitsklagen die Stellung eines defensor matrimonii, und kann zu diesem Zweck die Richtigkeit der Anführungen der Prozeßparteien kontroliren, selbständig Thatsachen und Beweismittel vorbringen.[7] Ausgedehnter sind die Befugnisse des Staatsanwalts bei der Nichtigkeitsklage. Er ist zu deren Erhebung befugt, kann ferner, wenn sie von Anderen erhoben ist, den Rechtsstreit betreiben, insbesondere selbständig Anträge stellen und Rechtsmittel einlegen, sei es zur Vernichtung, sei es zur Aufrechterhaltung der Ehe.

Auch das **Gericht** ist befugt, Thatsachen, welche von den Parteien nicht vorgebracht sind, zu berücksichtigen und von Amtswegen die Aufnahme von Beweisen zu verordnen. In Klagen auf Scheidung oder Ungültigkeit der Ehe ist dies nur zur Aufrechterhaltung, bei Nichtigkeitsklagen[8] ohne Zweifel auch zum Zweck der Vernichtung der Ehe zulässig.

Die Vorschriften des ordentlichen Prozesses über die Folgen des **Nichterscheinens einer Partei, unterlassener Erklärungen**, über **Verzichte und Anerkenntnisse**[9] kommen nicht zur Anwendung; Zuschiebung von Eiden über Thatsachen, welche die Trennung, Ungültigkeit oder Nichtigkeit begründen sollen, ist unzulässig;[10] neue Klagegründe können bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung ohne Rücksicht auf die gewöhnlichen Vorschriften über Klageänderung geltend gemacht werden;[11] das Gericht kann das persönliche Erscheinen einer Partei anordnen, gegen den Ausgebliebenen ist wie gegen einen Zeugen zu verfahren, die Haft ist jedoch ausgeschlossen.[12]

---

7) R. C. P. O. § 569. Nach der Verordnung vom 28. Juni 1844 § 4 ff. war die Mitwirkung des Staatsanwalts in Ehesachen **nothwendig**. Nach der Civilprozeßordnung ist sie nur **fakultativ**. Ueber den Verkehr der Gerichte mit dem Staatsanwalt in Ehesachen bestimmt Justizministerialreskript vom 13. Juni 1881. Sind Rechte oder Interessen minderjähriger Kinder wahrzunehmen, so hat die beim Verfahren betheiligte Staatsanwaltschaft, sonst das Ehegericht dem Vormundschaftsgericht Mittheilung zu machen nach der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 16 Abs. 3.

8) Insoweit ist R. C. P. O. § 581 nicht erschöpfend.

9) Die Zugeständnisse von Thatsachen kommen gleichwohl insoweit in Betracht als sie geeignet sind dem Richter die Ueberzeugung von der Wahrheit der fraglichen Thatsache zu verschaffen. R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 1180.

10) Leonhard, die Eideszuschiebung in Familienprozessen, 1890.

11) R. C. P. O. § 574 Abs. 1. R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 404. Der Satz des Textes gilt nicht für Erhebung einer Nichtigkeits- oder Ungültigkeitsklage während eines Ehescheidungsprozesses und umgekehrt. R. G. Bd. 11 S. 354.

12) R. C. P. O. §§ 574, 577, 578, 579 enthält das Nähere. R. C. P. O. § 577 spricht nur von Verzicht auf die Beeidigung von Zeugen und Sachverständigen; doch muß dies allgemeinere Anwendung finden, es sei denn, daß der Verzicht der Aufrechterhaltung einer nicht nichtigen Ehe günstig ist.

4. Der Ehescheidungsklage[13] soll ein richterlicher Sühneversuch vorhergehen, und zwar vor dem Amtsrichter des Ehewohnsitzes.[14] Der Sühneversuch erfordert Gegenwart beider Gatten; der Beklagte kann aber nicht mehr wie früher zwangsweise zu demselben vorgeführt werden; bleibt er aus, so gilt vielmehr die Aussöhnung als zurückgewiesen; erscheint der Kläger nicht, so ist die Ladung ohne Wirkung.[15]

Die Anstellung des Sühneversuchs ist nicht erfordert, falls ihm ein schwer zu beseitigendes, vom Kläger nicht verschuldetes Hinderniß entgegensteht, oder seine Erfolglosigkeit bestimmt vorauszusehen ist. Hierüber entscheidet der Vorsitzende des Landgerichts.[16]

Vorbringen neuer Klagegründe, sowie die Erhebung einer Widerklage erfordern keinen erneuten Sühneversuch.[17]

5. Das Gericht kann Aussetzung des Verfahrens über eine Ehescheidungsklage auf längstens ein Jahr einmal im Laufe des Rechtsstreits anordnen, wenn es die Aussöhnung der Parteien für nicht unwahrscheinlich erachtet; falls die Scheidung wegen Ehebruchs beantragt wird, ist es hierzu nicht befugt.[18] Die Aussetzung des Verfahrens verfolgt denselben Zweck, wie das dem preußischen Recht nicht angehörende, gemeinrechtliche Institut der zeitweiligen Trennung von Tisch und Bett. Die Bestimmung des früheren preußischen Rechts, wonach die Verkündung des Urtheils ein Jahr lang ausgesetzt werden konnte, ist aufgehoben.

---

13) R. C. P. O. § 570 ff. Ein Sühneversuch findet nicht statt bei Klagen auf Ungültigkeit oder Nichtigkeit der Ehe. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 20 S. 244. Die R. C. P. O. verlangt den Sühneversuch auch bei Klagen auf Herstellung des ehelichen Lebens, vgl. jedoch für das L. R. oben Anm. 2.

14) Nach der A. G. O. I, 40 § 24 mußte der Richter unter Zuziehung des gewöhnlichen Seelsorgers oder eines andern Predigers, nach Befinden auch der Eltern oder nächsten Freunde die Sühne versuchen. Nach Anhang § 289 konnten die Gerichte den Kläger anweisen, sich wegen des Sühneversuchs an den Geistlichen seiner Konfession zu wenden, so daß die Klage nur unter Beibringung des Attests des Geistlichen über die fruchtlos versuchte Sühne eingeleitet werden konnte. Die Verordnung vom 28. Juni 1844 § 10 ff. forderte schlechthin den Sühneversuch vor dem Geistlichen. Die R. C. P. O. § 571 wiederum überweist die Vornahme des Sühneversuchs dem Richter ausschließlich und zwar dem Amtsrichter. Die Reichstagskommission hat — schwerlich zum Vortheil der Sache — die Vorschläge, daß der Richter den Seelsorger der Parteien zuziehen solle oder doch könne, verworfen. Vgl. jedoch oben § 2 Anm. 14.

15) So Verordnung von 1844 § 11, R. C. P. O. § 572. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 120.

16) R. C. P. O. § 573. Vgl. bezüglich des früheren Rechts Striethorst Archiv Bd. 82 S. 130.

17) R. C. P. O. § 574 Abs. 1 und 2. Früher streitig, vgl. Korn in Behrendts Zeitschrift Bd. 4 S. 40 ff.

18) R. C. P. O. § 580 Abs. 3, unten § 18 Anm. 12. Ueber die Frage, ob sich dies auch auf die Klage aus L. R. II, 1 § 673 bezieht, siehe unten § 18 Anm. 11. — Urtheile in Ehesachen dürfen nicht für vorläufig vollstreckbar erklärt werden, R. C. P. O. § 644 Abs. 2.

6. Die Eröffnung des Verfahrens in einer Ehesache bringt an sich eine rechtliche Veränderung in den Verhältnissen der Ehegatten nicht hervor. Sie haben daher zusammen zu leben,[19] die Befugnisse bezüglich der Erziehung der Kinder werden nicht angetastet.

Es können jedoch auf Antrag eines Theils gerichtliche einstweilige Verfügungen erlassen werden, namentlich zum Zweck der Gestattung vorläufiger Trennung der Ehegatten, sowie der Entrichtung von Alimenten.[20][21]

Bei Ehescheidungsklagen kann insbesondere dann vorläufige Trennung verfügt werden, wenn die Ehescheidung aus Gründen gesucht wird, welche eine dem Leben oder der Gesundheit des Antragstellers drohende Gefahr enthalten.[22] Die Frau ist im Fall der Anordnung zeitweiliger Trennung zum Verlangen befugt, daß ihre Verpflegung außer dem Hause geschehe.[23] Ist der Mann zu solcher Leistung außer Stande, so ist der Frau ihr Eingebrachtes zu überweisen.[24] Unter Umständen kann auch die Frau ihrerseits zum Unterhalt ihres Mannes angehalten werden.[25] Mit dem rechtskräftigen Erkenntniß in der Hauptsache endet die weitere Wirkung der einstweiligen Verfügung.[26]

Zweites Kapitel.

Die Ehegelöbnisse.

§ 10. Die Ehegelöbnisse nach preußischem und deutschem Recht.[1]

I. Das Ehegelöbniß — Verlöbniß — d. h. das gegenseitige Versprechen der Ehe, bildete für das römische Recht einen Akt von socialer und ethischer Bedeutung zur Vorbereitung der Ehe, hatte aber Rechtszwang

19) L. R. II, 1 § 723, vgl. auch dort § 175.

20) R. C. P. O. § 584, vgl. A. G. O. I, 40 § 53.

21) Das Preußische Ausführungsgesetz zur Civilprozeßordnung vom 24. März 1879 bestimmt § 7, daß die bezüglichen Verfügungen erst erlassen werden dürfen, nachdem die Anberaumung des Sühnetermins beantragt, oder der Termin zur mündlichen Verhandlung auf die Klage festgesetzt oder der Befehl zur Herstellung des ehelichen Zusammenlebens ergangen ist. Ist der Kläger im Sühnetermine oder in der auf die Klage bestimmten Verhandlung nicht erschienen, so ist die einstweilige Verfügung nicht zu erlassen oder die angeordnete auf Antrag des Gegners aufzuheben.

22) L. R. II, 1 § 724. E. G. zur R. C. P. O. § 16 Ziff. 4.

23) L. R. II, 1 § 725. R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 1057.

24) Striethorst Archiv Bd. 6 S. 121.

25) Entsch. d. O. Trib. Bd. 59 S. 220.

26) Striethorst Archiv Bd. 22 S. 276.

1) L. R. II, 1 § 75 ff. Ueber das Verhältniß der neueren Gesetzgebung zum Verlöbnißrechte siehe Stölzel im Justizministerialblatt von 1877 S. 3 ff. Die Geschichte des Verlöbnisses und der Eheschließung nach deutschem und kanonischem Recht hat in neuerer Zeit den Gegenstand anregender Untersuchungen und Diskussionen gebildet. Hierfür kommt in Betracht Friedberg das Recht der Eheschließung in seiner geschichtlichen Entwicklung 1865, Sohm das Recht der Eheschließung aus dem deutschen und kanonischen Recht geschichtlich entwickelt 1875, die Gegenschrift von Friedberg Verlobung

nicht im Gefolge.[2] Das Verlöbniß wurde in Rom formlos eingegangen,[3] die Fähigkeit der Verlobten zu künftiger Ehe mit einander genügte, wenn diese Fähigkeit derzeit auch noch nicht bestand.[4] Aus dem Verlöbniß entsprang keine Klage auf Erfüllung, selbst die Zufügung einer Konventionalstrafe konnte einen rechtlichen Zwang nicht schaffen, da man sie als ungehörigen Eingriff in die Freiheit der Entschließung für unsittlich und nichtig erachtete.[5] Doch stellte man in manchen Beziehungen die Braut der Ehefrau gleich, worin vielleicht eine Nachwirkung älterer Anschauungen liegt. Die christliche Kaiserzeit knüpfte an den ungerechtfertigten Rücktritt Vermögensnachtheile.[6]

Das ältere deutsche Recht sah als nothwendig für die Ehe an eine förmliche Verlobung — desponsatio — und die auf Grund derselben vollzogene Trauung, d. h. die Uebergabe der Braut an den Bräutigam. Demnach war die Verlobung Beginn und Bestandtheil des Eheschlusses[7] und hatte eine ganz andere Stellung als nach römischem Recht. Es hat dies die Rechtsgestaltung der Ehegelöbnisse dauernd bestimmt, und zwar vorzugsweise in protestantischen deutschen Landen. Zahlreiche Landesrechte knüpften die Ehegelöbnisse an bestimmte Formen, so daß formlose Gelöbnisse — Winkelverlöbnisse — keine Kraft hatten.[8] Dagegen gewährte man aus dem formell gültigen Ehegelöbniß Klage auf Erfüllung — actio matrimonialis oder ex sponsu — indem man die Trauung erzwang, sei es durch Geld- oder Gefängnißstrafe, sei es durch Zwangstrauung, etwa auch dadurch, daß man die Trauung mit einem fiskalischen Bedienten vornahm, welcher das Jawort ab-

und Trauung 1876, sowie Sohm Trauung und Verlobung 1876, vgl. auch Brunner Recension dieser beiden Schriften in der Jenaer Litteraturzeitung 1876 Art. 439.

2) l. 2 D. de sponsalibus 23, 1.

3) l. 4 pr. § 1, l. 7 pr. D. eod. 23, 1.

4) l. 4 D. eod. 23, 1, l. 38 pr. D. de ritu nuptiarum, anders im Fall der l. 15 D. h. t. 23, 1.

5) l. 71 § 1 D. de conditionibus 35, 1, l. 134 pr. D. de V. O. 45, 1, cfr. l. 2 C. de inutilibus stipulationibus 8, 39.

6) l. 5 C. de sponsalibus 5, 1.

7) Dies wird in den Anm. 1 angeführten Schriften übereinstimmend anerkannt, während freilich die Auffassungen über das Verhältniß der altdeutschen Verlobung zur Trauung sich scharf gegenüberstehen.

8) Vgl. Brandenburgische Visitations- und Konsistorialordnung von 1573 — C. C. M. I, 1 S. 313 — „sollen die Ehe mit dem Gebeth und öffentlicher Desponsation in Beisein etlicher ehrlicher Leute, ungefährlich zwei oder drei auf jeder Seite, wo sie mit Eltern oder Vormunden nicht versehen, als Zeugen anfangen"; ähnlich lautet die Ehekonstitution vom 15. December 1694 C. C. M. I, 2 p. 118. Hiernach forderte insbesondere die Deklaration vom 2. September 1717 Gegenwart der Eltern und zweier ehrlicher Zeugen (C. C. M. I, 2 p. 218); das Edikt vom 8. Februar 1770 (N. C. C. tom. IV p. 6669) über die Schriftlichkeit der Verträge verlangte noch außerdem im § 11 Schriftlichkeit der Verlöbnisse, für Ehestiftungen aber und Erbfolgeverträge gerichtliche oder notarielle Errichtung. Auf dieser Grundlage beruhen die Normen von L. R. II, 1 § 82. Nach gemeinem Recht gelten Ehegelöbnisse als formlos, vgl. Striethorst Archiv Bd. 66 S. 128.

gab.[9] Seit man mit dem achtzehnten Jahrhundert die Sponsalien im römischen Sinn als bloße Beredungen über eine künftige Ehe zu betrachten anfing, änderte sich dies zum Theil. Man hielt zwar an der Form der Ehegelöbnisse fest und gab aus gültigen Gelöbnissen immer noch eine Klage auf Erfüllung, aber ein direkter Zwang auf Eheschließung fand nicht mehr statt.[10]

II. Auf dem Boden dieser Entwicklung steht das preußische Recht des Ehegelöbnisses.

1. Ehegelöbnisse fordern zur Rechtsgültigkeit eine Form und zwar für die Regel gerichtliche oder notarielle Errichtung.[11] Gemeine Landleute können jedoch ihre Ehegelöbnisse auch vor gehörig besetztem Dorfgerichte vollziehen lassen.[12] Die Verlobten müssen der Regel nach in Person bei Gericht erscheinen. Wenn sie sich an verschiedenen Orten befinden, kann das Ehegelöbniß jedoch am Aufenthaltsort der Braut in deren Gegenwart mit einem gerichtlich ernannten Bevollmächtigten des Bräutigams geschehen.[13] Nothwendig ist die Zustimmung der Personen, deren Einwilligung auch zur Schließung der Ehe erfordert ist. Bis die Genehmigung eingetroffen ist, bleibt der andre Theil nach den Normen der hinkenden Verträge gebunden.[14] Ist die Braut großjährig und nicht in väterlicher Gewalt, so ist Zuziehung eines männlichen Beistands zum förmlichen Ehegelöbniß erfordert.[15]

---

9) Dernburg Pand. Bd. 3 § 7 Anm. 16, Scheurl a. a. O. S. 379, Projekt des corp. juris Frid. p. I lib. 2 tit. 3 § 27. Auch das kanonische Recht kannte Klage auf Eheschließung, verwarf aber direkten Zwang. cap. 2, 10, 17, 22 X de spons. 4, 1 Scheurl a. a. O. S. 377 ff.

10) Friedberg Eheschließung S. 297 ff.

11) L. R. II, 1 § 82. Zuziehung eines Protokollführers ist nöthig, soweit Verfügungen auf den Todesfall getroffen werden sollen. A. G. O. II, Tit. 1 § 10 Ziff. 5, Anhang § 421 zu § 17 A. G. O. II, 2. Diese Bestimmungen gelten auch in der Mark Brandenburg als dem Provinzialrecht entsprechend. Striethorst Archiv Bd. 45 S. 363. Im Herzogthum Westfalen genügt dagegen nach kanonischem und gemeinem Recht die formlose Abschließung der Ehegelöbnisse, Präjudiz des O. Trib. n. 179, Entsch. Bd. 2 S. 368, auch Striethorst Archiv Bd. 66 S. 128, jedoch nicht für die Juden. Striethorst Archiv Bd. 71 S. 262, oben Bd. 1 § 46 Anm. 6. — Gilt für die Form der Ehegelöbnisse der Grundsatz „locus regit actum"? Dagegen vgl. Bolze R. G. Bd. 4 n. 19.

12) Erforderlich ist also der Schulze, zwei Schöppen und der Gerichtsschreiber. So ist L. R. II, 1 § 83 zu verstehen, da eine Singularität — Nichtzuziehung des Gerichtsschreibers — nicht zu unterstellen ist. So auch Koch zu § 83. Vgl. oben Bd. 1 § 102 Anm. 14 a. E.

13) L. R. II, 1 §§ 86, 87, oben Bd. 1 § 113 bei Anm. 16. Gemeinrechtlich konnten Verlöbnisse unter Abwesenden, sowie durch Vertreter geschlossen werden, l. 18 D. de sponsalibus 23, 1.

14) L. R. II, 1 § 78 ff. Vgl. Scheurl a. a. O. S. 372. Nach kanonischem Recht war das Ehegelöbniß eines Hauskindes trotz Mangels der väterlichen Genehmigung gültig. Schulte Eherecht S. 284. Für nichtig erachten es Entsch. des O. Trib. Bd. 3 S. 1 ff.

15) L. R. II, 1 § 88. Fehlte der Beistand, so ist das Gelöbniß unwirksam und zwar auch für den Bräutigam. Entsch. des O. Trib. Bd. 62 S. 144. Nach Rehbein Bd. 4 S. 3 n. 3 ist ein Beistand jetzt auch für die Braut erfordert, welche in väterlicher Gewalt steht, aber über 24 Jahre alt und deshalb an die Einwilligung des Vaters nicht mehr gebunden ist.

Die Vornahme des **Aufgebots** mit Bewilligung beider Theile macht das formlose Verlöbniß zum vollwirksamen.[16]

2. Das Ehegelöbniß fordert zu seiner Gültigkeit die **Fähigkeit der Verlobten, mit einander eine gültige Ehe abzuschließen.**

Es genügt nicht, daß sie künftig diese Fähigkeit erhalten werden oder können; daher ist z. B. das Verlöbniß eines Eheunmündigen nicht, wie nach römischem Rechte, rechtsbeständig, ebensowenig das Verlöbniß eines Adoptivkindes mit dem Adoptivvater vor gelöster Adoption. Die Ehehindernisse, welche das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 feststellt, sind demnach auch für das preußische Verlöbnißrecht maßgebend.[17]

Außerdem **hindert ein dem andern Theil bekanntes früheres, noch nicht aufgelöstes Verlöbniß** die Gültigkeit eines **spätern.**[18] Wesentlicher **Irrthum**, Betrug, Zwang rechtfertigen den Rücktritt desjenigen, dessen Willen durch sie bestimmt wurde.[19]

Ehegelöbnisse, deren Erfüllung von einer aufschiebenden **Bedingung** abhängig gemacht oder auf eine ungewisse Zeit hinausgesetzt ist, können, so lange die Bedingung oder der Zeitpunkt noch nicht eingetreten ist, von jedem Theile einseitig widerrufen werden.[20]

Ist im Ehegelöbniß keine Zeit bestimmt, oder die Ehe bloß nach Möglichkeit versprochen oder der Willkür eines Theils überlassen, so kann jeder Theil zurücktreten, wenn die Vollziehung nicht in zwei Jahren geschah.[21]

---

16) L. R. II, 1 § 92. Eine Beschränkung macht Zürn Eherecht S. 19. Nach dem jetzigen Recht kommt nur das Aufgebot des Standesamts in Betracht. Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 44 ff. Nothwendig ist, daß dieses Aufgebot an einem durch § 46 das. bestimmten Orte geschah. Das Aufgebot verliert nach dem Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 51 seine Kraft, wenn seit dessen Vollziehung sechs Monate verstrichen sind, ohne daß die Ehe geschlossen ist. Auf die Geltung des durch das Aufgebot bekräftigten Verlöbnisses hat dies keinen Einfluß. Ueber kanonisches Recht siehe cap. 7 und 8 X de spons. imp. 4, 2.

17) L. R. II, 1 § 76; vgl. Suarez in v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 108. Das bloß dilatorische Ehehinderniß des Reichsgesetzes im § 35 steht einem Verlöbniß nicht entgegen. In diesem Sinne spricht sich auch l. 10 § 1 D. de his qui not. 3, 2 aus.

18) L. R. II, 1 § 134.

19) L. R. II, 1 §§ 105, 106. Irrthum über das Vermögen des Verlobten ist nur dann wesentlich, wenn es den künftigen Ehegatten voraussichtlich an dem nöthigen Auskommen fehlen würde. Gemeinrechtlich ist die Frage streitig. Siehe Glück Bd. 22 S. 439. Betrug, auch nur in Bezug auf das Vermögen, giebt dem Betrogenen Rücktrittsrecht. Nichtkenntniß ekelhafter, ansteckender oder unheilbarer Krankheiten, sowie einer verheimlichten auffallenden Häßlichkeit, oder eines andern Ekel und Widerwillen erregenden Gebrechens giebt gleichfalls Rücktrittsrecht, L. R. II, 1 §§ 103, 104. Kahlköpfigkeit, Zahnlosigkeit und dergleichen kann nicht hierher gerechnet werden.

20) L. R. II, 1 § 95 ff. Gemeinrechtlich ist die Kraft bedingter Verlöbnisse bestritten. Vgl. die Ausführung von Glück Bd. 23 S. 1 ff. Scheurl a. a. O. S. 368.

21) L. R. II, 1 §§ 97, 98. Aehnlich das römische Recht l. 2. C. de sponsalibus 5, 1.

3. Ehegelöbnisse verlieren ihre Rechtswirkung durch eintretende Unfähigkeit der Verlobten, die Ehe mit einander zu schließen, z. B. durch Annahme der Verlobten an Kindesstatt, Uebernahme der Vormundschaft über dieselbe; ferner lösen sie sich auf durch Einwilligung beider Theile,[22] wie auch durch einseitigen, erlaubten Rücktritt.

Dieser Rücktritt kann wie ausdrücklich, so auch durch Handlungen erklärt werden. Er wird stets gerechtfertigt durch Gründe, welche eine Ehescheidung ermöglichen würden.[23] Außerdem berechtigen zu ihm geringere Verstöße des Verlobten gegen die Verlöbnißtreue,[24] sowie nach dem Verlöbniß entdeckte oder eingetretene grobe Laster oder schimpfliche rechtskräftige Strafverurtheilung;[25] ferner solche Veränderungen in der Person des andern Theils, oder in dessen persönlichen oder Vermögensumständen, welche den Verlobten, falls er sie hätte voraussehen können, wahrscheinlich zur Unterlassung der Verlobung bestimmt hätten;[26] endlich die Unmöglichkeit zur Erfüllung der vom andern Theil im Ehegelöbniß oder dem Ehevertrag ausdrücklich übernommenen Verbindlichkeiten.[27]

Eltern und Vormünder sind befugt, ihre Einwilligung zurückzunehmen, wenn sich nach deren Ertheilung Umstände, weswegen sie zur Versagung der Genehmigung berechtigt wären, ereignen oder offenbaren.[28]

§ 11. Nichterfüllung des Ehegelöbnisses.

Was die Folgen der Nichterfüllung eines Ehegelöbnisses anlangt, so kann:

1. Die Trennung mit beiderseitigem Einverständniß oder einseitig aus rechtlichen Gründen geschehen sein, ohne daß einem Theil ein Uebergewicht der Schuld zur Last liegt. Dann kann jeder Theil verlangen, daß die Geschenke zurück gegeben werden. So weit sie beim Beschenkten nicht mehr

---

22) L. R. II, 1 § 122.

23) L. R. II, 1 § 100.

24) L. R. II, 1 § 101. Es gehören hierher verdächtiger Umgang, vgl. l. 5. C. h. t. 5, 1: „propter turpem vel impudicam conversationem“, geringere Thätlichkeiten, verächtliche Begegnung. Beleidigung des Vaters des Verlobten erachtet als genügend Präjudiz des O. T. 1106.

25) L. R. II, 1 § 102, vgl. §§ 61. 62. 63.

26) L. R. II, 1 § 107. c. un. C. XXIX qu. 1, vgl. cap. 25 X de jurejurando 2, 24 . . quodsi post hujusmodi juramentum mulier fieret non solum leprosa sed etiam paralytica vel oculos vel nasum amitteret . . numquid vir teneretur eam ducere in uxorem? Es kann hierher auch Religionsveränderung des andern Theils gehören, ungeachtet sie ein Ehehinderniß nicht bildet. Der die Religion Verändernde erhält in Folge der Veränderung kein Rücktrittsrecht, L. R. II, 1 § 108. Auch der Umstand, daß sich der Verlobte mit einem Anderen verlobt, giebt seinem ersten Verlobten ein Rücktrittsrecht, L. R. II, 1 § 135.

27) L. R. II, 1 § 109.

28) L. R. II, 1 § 111.

in Natur vorhanden sind, hat derselbe den Betrag seiner Bereicherung — auf Grund einer condictio ob causam — zu erstatten.[1]

2. Wird die Erfüllung des Verlöbnisses durch Tod eines Verlobten gehindert, so hat der Ueberlebende die Wahl, entweder die empfangnen Geschenke zu behalten und die seinigen dessen Erben zu belassen, oder unter Rückgabe des Empfangnen die seinerseits gemachten Brautgeschenke zurück zu fordern.[2]

3. Wer ohne Grund die Erfüllung eines Ehegelöbnisses beharrlich verweigert, oder sich dazu außer Stand setzt, verliert die dem andern Theil gemachten Geschenke, hat die von demselben erhaltenen zurückzugeben, wird ihm zudem entschädigungspflichtig und hat unter gewissen Umständen noch außerdem eine Abfindung zu leisten.[3]

a) Die Entschädigung erstreckt sich auf das s. g. negative Vertragsinteresse, also auf alle wegen des Ehegelöbnisses in an sich entsprechender Weise aufgewendeten Kosten, z. B. für Reisen, Festmahl, Einrichtungskosten, insbesondere auf Ausgaben für die angeschaffte Aussteuer oder das Miethen einer Wohnung.[4]

b) Die Abfindung kann in einer Strafe bestehen, welche auf den Fall des Rücktritts vereinbart war und mit demselben verfällt.[5] War eine Strafe nicht bedungen, so beträgt die Abfindung $^1/_4$ des im Ehegelöbniß oder Ehevertrag als Mitgabe oder als Gegenvermächtniß — auch Leibgeding und Witthum[6] — Ausgesetzten und in Ermangelung solcher Zuwendungen $^1/_4$ der dem unschuldigen Theil in einem Erbvertrag auf den Fall des Ueberlebens

---

1) L. R. II, 1 § 122. Dies ist dem gemeinen Rechte entsprechend. Es fragt sich aber, ob die Bestimmung bloß bei einem formgerechten Verlöbniß anwendbar ist, wie das O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 45 S. 363, Bd. 62 S. 253 erkannt hat, oder auch bei formlosen Verlöbnissen? Letztere Ansicht wird wohl mit Recht darauf gestützt, daß die Geschenke unter Verlobten um des Verlöbnisses willen in der Meinung geschehen, daß das Verhältniß zur Ehe führt, mindestens nicht in willkürlicher Weise gelöst wird. Das O. Trib. sieht in der künftigen Ehe nur einen Beweggrund der Schenkung. Doch der Verlobungsring soll als „Draufgabe" nach L. R. I, 5 § 205 zurückzugeben sein.

2) L. R. II, 1 § 123.

3) L. R. II, 1 § 112 ff. Auch die Strafbestimmungen von L. R. II, 1 §§ 118, 119 sind noch nicht gesetzlich außer Kraft gesetzt.

4) L. R. II, 1 § 112 spricht von den wegen des Ehegelöbnisses aufgewendeten Kosten. Vergeblich aufgewendete Einrichtungskosten will Koch nicht hierher rechnen. Hierzu fehlt es aber an zureichenden Gründen. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 464, und über negatives Vertragsinteresse oben Bd. 2 § 77 bei Anm. 1.

5) So auch nach gemeinem Recht. Glück Bd. 23 S. 89 und dort Angeführte.

6) L. R. II, 1 § 114; vgl. auch Striethorst Archiv Bd. 14 S. 1. Die bezüglichen Bestimmungen gelten auch in der Mark Brandenburg als anwendbar.

verschriebenen Summen oder Sachen. Dabei wird die geringste der nach Verschiedenheit der Fälle im Vertrage bestimmten Summen oder Sachen in Anschlag gebracht.[7]

Hat die Verlöbnißklage ihren Grund in der Weigerung des andern Theils, die Ehe zu schließen, so muß sie zunächst auf Erfüllung des Verlöbnisses gerichtet werden.[8] Sie ist daher in diesem Fall nur zuläßig, wenn der Kläger im Stande und bereit ist, die Ehe zu schließen. Entschädigung und Abfindung kann erst gefordert werden, wenn sich der Beklagte „beharrlich", d. h. noch in der Klagbeantwortung, der Erfüllung weigert.[9] In erster Linie auf Abfindung und Entschädigung ist die Klage nur dann zu richten, wenn sich der andre Theil — insbesondre durch anderweite Heirath — außer Stand setzte, das Verlöbniß zu erfüllen. Hat sich der Kläger früher verheirathet als der Beklagte, so kann er nicht etwa gestützt darauf, daß derselbe sich zuerst der Erfüllung des Verlöbnisses weigerte, Entschädigung von ihm beanspruchen.[10]

Der Verlobte kann ferner Geschenke, Entschädigung und Abfindung in erster Linie fordern, wenn ihm die Schuld des andern Theils gerechten Grund zum Rücktritt gab. Wegen eines vor dem Verlöbniß bestehenden Grundes kann aber Abfindung nur bei dessen böswilliger Verheimlichung beansprucht werden.[11]

Die Eltern des Verlobten haften wie dieser, — aber subsidiär —, wenn sie in das Verlöbniß willigten und den Rücktritt veranlaßten oder genehmigten.[12]

Erben des unschuldigen Verlobten haben kein Klagrecht. Sie können Entschädigung und Abfindung also nur beitreiben, wenn der andre Theil bei Lebzeiten ihres Erblassers rechtskräftig verurtheilt war. Die Erben des ohne Grund zurückgetretenen Verlobten sind zur Leistung von Entschädigung und Abfindung nur verpflichtet, wenn die Verpflichtung bereits in der Person des Erblassers entstanden war, weil er auf die Klage zum Eheschluß gerichtlich oder doch schriftlich seine Weigerung erklärte, oder sich zum Ehevollzug, z. B. durch Heirath, außer Stand gesetzt hatte.[13]

Der Anspruch aus dem Verlöbniß erlischt, falls zur Eheschließung eine Zeit bestimmt war, wenn binnen eines Jahres nach deren Ablauf die Aufforderung zur Eheschließung unterblieb; wenn keine Zeit bestimmt war, falls

---

7) L. R. II, 1 § 115 ff.

8) L. R. II, 1 § 112. Dies trotzdem direkter Zwang zum Eheschluß — oben § 10 bei Anm. 9 — nicht mehr stattfindet. — Ueber den Gerichtsstand bei dieser Klage vgl. R. G. Bd. 7 S. 338.

9) Entsch. des O. Trib. Bd. 23 S. 173. Bd. 56 S. 192.

10) L. R. II, 1 § 131.

11) L. R. II, 1 §§ 120. 121.

12) L. R. II, 1 § 117. Den Eltern muß jedoch eine Schuld zur Last fallen.

13) L. R. II, 1 § 124 ff.

seit der letzten Aufforderung ein Jahr verflossen ist, oder zwei Jahre lang seit dem Abschluß kein Theil den anderen zur Erfüllung aufforderte.[14] Die Geschenke können nur innerhalb eines Jahres nach Auflösung des Verlöbnisses zurückgefordert werden.[15]

Ein älteres Ehegelöbniß giebt kein Recht zum Einspruch gegen den Abschluß der Ehe des Verlobten mit einem Dritten.[16]

Drittes Kapitel.

Die Eheschließung.

§ 12. Die Form der Eheschließung.[1]

I. Während nach dem römischen[2] und dem sich anschließenden kanonischen Rechte[3] die Ehe durch den in beliebiger Weise erklärten Willen der Betheiligten eingegangen wurde, hat das Tridentinische Konzil den Abschluß der Ehe zu einem Formalakt gestaltet, welcher in der persönlichen Erklärung des Willens der Eheschließung vor dem eignen Pfarrer und vor zwei Zeugen besteht.[4] Die protestantische Sitte führte in analoger Weise priesterliche Trauung zur Solennisirung der ehelichen Verbindungen ein.[5] Das Landrecht erhob hiernach die priesterliche Trauung zur regelmäßigen Form der Ehe.[6] Ehen von Mitgliedern bloß geduldeter Religionsgesellschaften, — Dissidenten und Juden — wurden jedoch durch Eintragung in die von den Gerichten geführten Register geschlossen.[7]

---

14) L. R. II, 1 § 128 ff.

15) L. R. II, 1 § 132.

16) So Preußisches Civilehegesetz vom 9. März 1874 § 31 Abs. 2, Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 39, im Gegensatz zu dem im L. R. II, 1 § 158 enthaltenen Recht.

1) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 über die Beurkundung des Personenstandes, Hinschius Kommentar, zweite Auflage 1876. Sicherer Personenstand und Eheschließung 1879. Hergenhahn Eheschließungs- und Ehescheidungsrecht 2. Aufl. 1890, Stölzel in Dove's Zeitschrift f. Kirchenrecht Bd. 17 (1881) S. 69. Vgl. ferner Glück Pand. Bd. 24 S. 321 ff. Reichhaltig ist das Werk von Friedberg das Recht der Eheschließung in seiner historischen Entwickelung, 1865. Es gehört hierher auch zum Theil Sohm das Recht der Eheschließung, Weimar 1875, ferner Friedberg Verlobung und Trauung, 1876.

2) l. 22. C. de nuptiis 5, 4, vgl. auch nov. 117 cap. 3.

3) Cap. 1. X. de spons. et matr. 4, 1. Daß ursprünglich die Kirche die Einhaltung der Formen des nationalen Stammesrechts für unentbehrlich erachtete und die Formlosigkeit erst mit dem dreizehnten Jahrhundert obsiegte, darüber vgl. Sohm Eheschließung S. 147.

4) Sess. 24 Cap. I de reformatione matrimonii, Schulte katholisches Eherecht S. 56: parochus proprius ist der Pfarrer, bei welchem der Mann oder die Frau ihren Wohnsitz oder ihren dauernden Aufenthalt haben.

5) Bereits das Projekt des corp. jur. Fridericiani p. 1, lib. 2, tit. 3 behandelt das Verlöbniß nicht mehr als Beginn der Ehe. Dieselbe wurde in Gemäßheit dieses Gesetzes geschlossen, entweder durch benedictio sacerdotalis oder in Folge der copula carnalis der Verlobten.

6) L. R. II, 1 § 136.

7) Gesetz vom 30. März 1847, Gesetz vom 23. Juli 1847 über die Verhältnisse der Juden.

Die obligatorische Civilehe nach französischem Vorbild galt als Forderung des vorgeschrittenen Liberalismus und wurde durch die Verfassungsurkunde vom 5. December 1848 in Aussicht gestellt, während die revidirte Verfassung die gesetzliche Regelung der Frage zwar vorsah, die Weise der Ausführung aber dem Gesetze vorbehielt. In Folge der Zerwürfnisse des Staates mit der katholischen Kirche kam man zur durchgreifenden Lösung, indem das Preußische Gesetz vom 9. März 1874 die Civilehe, d. h. die Eheschließung vor dem Standesbeamten, zur allgemeinen und nothwendigen Form machte, worauf sie durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 [8] zum Reichsrecht wurde. [9]

II. Die Eheschließung ist derzeit ein Formalakt unter Gegenwärtigen, wie sie dies auch im bisherigen Recht war. Sie verlangt die persönliche Erklärung des Willens, die Ehe zu schließen, durch die Verlobten vor dem Standesbeamten in Gegenwart von zwei Zeugen und die mündliche Erklärung des Standesbeamten, daß dieselben ehelich verbunden seien. [10] Im Einzelnen sind folgende Punkte hervorzuheben:

8) Reichsgesetz § 41: Innerhalb des Gebiets des deutschen Reichs kann eine Ehe rechtsgültig nur vor dem Standesbeamten geschlossen werden. Nach § 82 werden „die kirchlichen Verpflichtungen in Bezug auf Taufe und Trauung durch dieses Gesetz nicht berührt". Vgl. Brünneck bei Gruchot Bd. 33 S. 800. Geistliche oder andere Religionsdiener aber, welche zu den religiösen Feierlichkeiten einer Eheschließung schreiten, bevor ihnen der Abschluß der Ehe nachgewiesen ist, verfallen in öffentliche Strafe. Reichsgesetz § 67.

9) Bezüglich der Schäden, welche die Zwangscivilehe im Gefolge hat, vgl. Dernburg die Phantasie im Rechte 1894.

10) Das Reichsgesetz § 52 bestimmt: „die Eheschließung erfolgt in Gegenwart von zwei Zeugen durch die an die Verlobten einzeln und nach einander gerichtete Frage des Standesbeamten, ob sie erklären, daß sie die Ehe mit einander eingehen wollen, durch die bejahende Antwort der Verlobten und den hierauf erfolgenden Ausspruch des Standesbeamten, daß er sie nunmehr Kraft des Gesetzes für rechtmäßig verbundene Eheleute erkläre". Es kann jedoch keineswegs dies Alles für wesentlich erachtet werden. Nicht wesentlich ist namentlich die Frage des Standesbeamten. Zwar behauptet Sicherer a. a. O. S. 382: „die Frage des Standesbeamten ist zur Gültigkeit der Ehe ebenso unentbehrlich wie die bejahende Antwort der Verlobten!" Also wäre, wenn die Frage unterblieb, die Ehe absolut nichtig. Dies kann das Gesetz nicht gewollt haben, weil die Ehe vernünftigerweise nicht von einer bedeutungslosen Phrase abhängig gemacht werden kann. Richtig ist nur, daß sich das Gesetz nicht entsprechend ausgedrückt hat, da das Bestreben, den Akt der „Civil-Trauung" elegant zu gestalten, hauptsächlich bestimmend war. Auch die vom Gesetz verlangten Worte sind nicht der Art solenn, daß nicht andere gleichbedeutende denselben Dienst thäten. So ist beispielsweise die Phrase „Kraft des Gesetzes" bedeutungslos. Das preußische Gesetz vom 9. März 1874 § 35 hob in Folge der Fassung des Herrenhauses, im Widerspruch mit der Regierungsvorlage, scharf nur das Wesentliche hervor, indem dasselbe bestimmte: „Die Ehe wird dadurch geschlossen, daß die Verlobten in Gegenwart von zwei Zeugen vor dem Standesbeamten persönlich ihren Willen erklären, die Ehe mit einander eingehen zu wollen, daß die Erklärung vom Standesbeamten in das Heirathsregister eingetragen und daß die Eintragung von den Verlobten und von dem Standesbeamten vollzogen wird." Da das preußische Gesetz auf den jetzt aufgehobenen § 337 des Strafgesetzbuchs Rücksicht nehmen mußte, so forderte es zur Vollziehung der Ehe die Eintragung in das Heirathsregister, machte also die Ehe zum Litteralkontrakt. Das Reichsgesetz dagegen, welches freie Hand in dieser Hinsicht hatte, knüpfte die Ehe an

1. Zuständig zur Eheschließung ist der Standesbeamte, in dessen Bezirk einer der Verlobten seinen Wohnsitz oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat.[11] Der zuständige Standesbeamte ist befugt, durch schriftliche Ermächtigung dem Standesbeamten eines andern Orts die Befugniß zur Eheschließung zu übertragen.[12] Diese Bestimmungen betreffen jedoch nur die Ordnung des Dienstes, nicht die Gültigkeit der Ehe. Auch die vor einem nichtzuständigen Standesbeamten abgeschlossene Ehe ist daher rechtsbeständig.[13] Wesentlich ist aber, daß der Standesbeamte die Eheschließung innerhalb seines Bezirks vornahm, da er nur in dessen Grenzen zur Vornahme der standesamtlichen Funktionen staatlich ermächtigt ist.[14]

2. Der Eheschließung soll ein Aufgebot vorhergehen. Jeder zur Eheschließung zuständige Standesbeamte darf dasselbe anordnen.[15] Die gesetzlichen Erfordernisse der Eheschließung sind ihm vorher nachzuweisen. Bekanntmachung des Aufgebots soll erfolgen am Wohnsitz der Verlobten, wie auch an deren früherem Wohnsitz, wenn derselbe in den letzten 6 Monaten gewechselt wurde, ferner an dem gewöhnlichen Aufenthalt, wenn derselbe vom Wohnsitz verschieden ist.[16] Die Veröffentlichung des Aufgebots geschieht an den zu Bekanntmachungen der Gemeindebehörden bestimmten Stellen. Die Befugniß

---

den mündlichen Ausspruch des Standesbeamten. In dieser Hinsicht ist seine Bestimmung eine bessere.

11) Reichsgesetz § 42 Abs. 1. Hat Jemand einen doppelten Wohnsitz, so sind die bezüglichen Standesbeamten beide zuständig. Ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben unter Andern Dienstboten an dem Ort des Dienstes, Militärpersonen in der Garnisonstadt. Der s. g. Unterstützungswohnsitz kommt nicht in Betracht. Verlobte, die im deutschen Reich weder einen Wohnsitz noch einen festen, gewöhnlichen Aufenthalt haben, sind, auch wenn sie Deutsche sind, von deutschen Standesbeamten nicht zu verheirathen. Das Gesetz vom 13. März 1854 betr. die Zulassung von Ausländern zur Eingehung einer Ehe in Preußen ist durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 39 beseitigt.

12) Reichsgesetz § 43. Es entspricht dies den kirchlichen Dimmissorialien conc. Trid. sess. 24 de ref. matrimonii cap. 1. Nur bedingte dort das Dimissoriale die Geltung der vor dem unzuständigen Pfarrer geschlossenen Ehe, was nach dem Reichsgesetz nicht der Fall ist.

13) Reichsgesetz § 42 Abs. 2. Gleiches galt nach protestantischem Kirchenrecht. L. R. II, 1 § 169. Nach dem concilium Tridentinum war die Zuständigkeit wesentlich, doch hielt man hieran beim parochus putativus nicht schlechthin fest, Schulte katholisches Eherecht S. 62.

14) Hinschius zum Reichsgesetz § 42 und Kam. Ger. Bd. 4 S. 350. Die Vornahme im Lokal des Standesamts ist nichts Wesentliches, wenn derselbe nur in seinem Bezirk amtirt. In einem Fall, in welchem der Standesbeamte des Bezirks A. auf Aufforderung des Standesbeamten des Bezirks B. im Amtslokal des Letzteren eine Eheschließung vollzog, war die Ehe nicht rechtsbeständig geschlossen. Ueber die Stellvertretung des Standesbeamten siehe §§ 3 und 4 des Gesetzes.

15) Reichsgesetz § 44. Das Aufgebot ist alten kirchlichen Rechts. Es wurde durch das Lateranische Konzil von 1215 vorgeschrieben, cap. 3 X. de cland. despons. 4, 3, vom Tridentinum sessio 24 bestätigt und ging in den Brauch des protestantischen Kirchenrechts über. So hat es auch das L. R. aufgenommen, die Gültigkeit der Ehe jedoch nicht von ihm abhängig gemacht, L. R. II, 1 §§ 138, 154.

16) Reichsgesetz § 46 Abs. 1.

der Dispensation vom Aufgebot steht dem Staate zu und ist dem Minister des Innern übertragen.[17] Bei ärztlicher Bescheinigung einer lebensgefährlichen Krankheit, welche einen Aufschub der Eheschließung nicht gestattet, kann der Standesbeamte auch ohne Aufgebot die Ehe schließen.[18] Das Aufgebot verliert seine Kraft, wenn seit dessen Vollziehung die Ehe nicht binnen 6 Monaten geschlossen wurde.[19]

Die Geltung der Ehe ist durch das Aufgebot nicht bedingt.

3. Die Erklärung der Eheschließung vor dem Standesbeamten durch die Verlobten muß unbedingt und unbefristet abgegeben werden. Jede Erklärung unter Bedingungen oder Vorbehalten ist als nicht erfolgt anzusehen.[20] Ist auch die Mündlichkeit der Bejahung gewöhnlich, so kann sie doch, bei Stummen oder zeitweilig an der mündlichen Erklärung Verhinderten, schriftlich oder durch deutliche Zeichen geschehen. Die deutsche Sprache ist kein unbedingtes Erforderniß für die Erklärung, sofern der Standesbeamte die fremde Sprache versteht.

Eheschließung durch Stellvertreter ist unzulässig.[21][22]

Wesentlich ist Zuziehung von zwei Zeugen. Das Gesetz fordert nicht, daß dieselben Männer seien, doch werden Weiber nicht leicht als Zeugen zugezogen.[23] Großjährigkeit der Zeugen ist nichts Wesentliches, wenn auch nach dem Gesetz Minderjährige nicht zugezogen werden sollen.[24] Auch Personen, welchen die bürgerlichen Ehrenrechte aberkannt worden, sind nicht als Zeugen zu benutzen, da sie unfähig sind, Zeugen bei Aufnahme von Urkunden zu sein;[25] aber eine Nichtigkeit ist auch im Fall ihrer Zuziehung nicht anzu-

17) Reichsgesetz § 50 Abs. 1. Preußische Verordnung vom 8. Januar 1876, betr. die Ausübung der Befugnisse zur Dispensation vom Aufgebote. Bei vorhandener Lebensgefahr hat auch der Vorsitzende der Aufsichtsbehörde das bezügliche Recht. Ueber die Frage, welches Ortsrecht bei der Dispensation vom Aufgebot entscheidet, und ob mehrfache Dispensation nöthig ist, wenn das Aufgebot an verschiedenen Orten zu erfolgen hat, siehe Stölzel deutsches Eheschließungsrecht S. 99 ff.

18) Reichsgesetz § 50 Abs. 2.

19) Reichsgesetz, § 51, § 46 letzter Absatz, § 47.

20) Nach kanonischem Recht sind bedingte Ehen gültig. Schulte kath. Eherecht S. 132 ff. Anders nach protestantischem Kirchenrecht. Sohm Eheschließung S. 271.

21) Das kanonische Recht läßt Abschließung durch Specialbevollmächtigte zu. Schulte a. a. O. S. 72.

22) Bezüglich der Landesherren oder der Mitglieder ihrer Familien tritt der Vorbehalt des Reichsgesetzes § 72 ein.

23) Auch nach katholischem Kirchenrecht haben Weiber die Fähigkeit, Ehezeugen zu sein. Schulte a. a. O. S. 69.

24) Reichsgesetz § 53, vgl. Sicherer a. a. O. S. 379 ff. R. G. in Strafsachen Bd. 15 S. 258. Das Gesetz bestimmt ausdrücklich im § 53, daß Verwandtschaft und Schwägerschaft der Zuziehung als Zeuge nicht entgegensteht.

25) Strafgesetzbuch § 34 Ziffer 5. Die Bestimmung des Strafgesetzbuchs wird an sich auch auf mündliche Akte zu beziehen sein. Darüber aber, daß eine Nichtigkeit des Akts nicht anzunehmen ist, vgl. auch Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 21 Absatz 3, § 25 unter 3.

nehmen. Hiernach ist zur Gültigkeit des Zeugnisses nur erforderlich, daß die Zeugen die natürliche Fähigkeit hatten, das Verhandelte zu beobachten und zu verstehen.

Eintragung in das Heirathsregister ist nicht, wie früher nach dem preußischen Gesetz, für die Eheschließung wesentlich, sondern geschieht nur behufs ihrer Beurkundung.[26] Unterbleibt die Eintragung, etwa in Folge eines Zufalls oder Versehens, so ist die Ehe um nichts weniger gültig.[27]

Fehlen der Eheschließung die nothwendigen Formen, so ist die Ehe nichtig, ohne daß es einer Nichtigkeitsklage bedarf. Nichtigkeit solcher Art begründet es namentlich:

a) wenn zwei Personen desselben Geschlechts, z. B. zwei Weiber, sich mit einander zu verehelichen erklären;

b) wenn die Ehe im Inland nicht vor einem Standesbeamten abgeschlossen ist;

c) wenn einer der Verlobten den Willen, sich zu verheirathen, nicht persönlich erklärt hat;

d) wenn der Standesbeamte die Abschließung der Ehe nicht erklärt hat.[28]

---

26) Vgl. über die Eintragung in das Heirathsregister Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 54.

27) Die zur Zeit der Eheschließung geltenden Gesetze entscheiden über die Gültigkeit der abgeschlossenen Ehe. Kennt aber das spätere Recht einen Anfechtungsgrund nicht, welcher nach dem Recht zur Zeit der Eheschließung bestand, so kann derselbe unter der Herrschaft des späteren Rechtes nicht mehr geltend gemacht werden, vgl. Gruchot Bd. 21 S. 121 ff.

28) Es ist möglich und mehrfach vorgekommen, daß sich Jemand für den Standesbeamten hält und dessen Funktionen ausübt, ohne die Qualifikation als Standesbeamter zu haben, vgl. Gruchot Bd. 25 S. 71 Anm. 7, siehe auch oben § 12 Anm. 14. Bis jetzt ist der Fehler stets durch Wiederholung der Eheschließung in gehöriger Form geheilt worden. Wie aber, wenn sich einer der Verbundenen dessen weigert, oder vor der Wiederholung stirbt, oder in Folge von Geisteskrankheit zu derselben unfähig wird? Das Gesetz sieht den Fall nicht vor. Man kann die Ansicht vertheidigen, daß nach § 41 des Gesetzes eine Ehe nicht geschlossen ist, sondern nur ein absolut nichtiger Akt vorliegt, welcher, weil der gesetzlichen Form entbehrend, nicht einmal richterlich annullirt werden muß. Wir erachten dies für unannehmbar. Jede Verbindung zwischen Personen beiderlei Geschlechts ist bis zum richterlichen Ausspruch wie eine Ehe zu achten, wenn sie als rechtsförmliche Eheschließung erscheint, so daß es erst einer Untersuchung bedarf, um sich des Gegentheils zu vergewissern, Scheurl deutsches Eherecht S. 351, vgl. oben § 8 Anm. 13. Uns schreckt die Gegenfrage auch nicht, wo hiernach die Grenze liegt, ob denn auch eine Eheschließung, bei der die Verlobten nicht gegenwärtig waren, oder die von einem Nichtstandesbeamten, z. B. einem Geistlichen als solchem, in Deutschland geschlossen wird, erst durch Nichtigkeitsklage anzufechten sei? Die Grenzen in derartigen Dingen sind nie absolut zu ziehen, ergeben sich aber aus der umsichtigen Anwendung der Principien. Hiernach fordern wir eine Nichtigkeitsklage zur Aufhebung einer Ehe, welche von einem Nichtstandesbeamten, den die Betheiligten für den Standesbeamten hielten und halten konnten, geschlossen ist. Diese Nichtigkeitsklage kann aber nach unserer Ansicht Niemand als der Staatsanwalt anstellen. Denn hier handelt es sich nur um ein öffentliches Interesse. Den Verlobten, die den vollen Ehekonsens hatten und bei denen alle materiellen Bedingungen der Ehe=

Unmittelbar mit der formgerechten Eheschließung vor dem Standesbeamten vollzieht sich der Eintritt in den Ehestand mit seinen Rechten und Pflichten persönlicher, wie vermögensrechtlicher Art.[29] Dieselben sind daher grundsätzlich nicht abhängig von der kirchlichen Trauung. Waren jedoch die Ehegatten ausdrücklich oder stillschweigend übereingekommen, daß *sich die kirchliche Trauung an die Eheschließung vor dem Standesbeamten anschließe, so ist jeder der Ehegatten als verbunden anzusehen, dem desfallsigen Verlangen des andern Ehegatten unmittelbar Folge zu geben.*[30]

4. Es ist schließlich zu bemerken, daß beide Ehegatten die *Kosten* des Aufgebots, der Trauung und der Hochzeit gemeinschaftlich zu tragen haben, sofern nicht ausdrücklich oder durch das Herkommen des Wohnorts der Braut etwas Andres festgestellt ist.[31] Dies wird auch auf die Kosten der kirchlichen *Trauung* zu beziehen sein.

§ 13. *Materiellrechtliche Erfordernisse der Eheschließung. Einwilligung der Ehegatten.*

1. Bei der Einführung der Zwangscivilehe im Reiche ließen sich gemeinsame Bestimmungen über die materiellrechtlichen Voraussetzungen der Eheschließung und über die Ehehindernisse nicht entbehren. Denn nach dem früheren Rechte waren diese Materien in den einzelnen Theilen Deutschlands und theilweise auch für die religiösen Bekenntnisse so verschieden geordnet, und zum Theil so bestrittener Natur, daß die Standesbeamten, denen die Prüfung überwiesen werden mußte, sie nicht leicht beherrschen konnten. Um deswillen hat das Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 in seinem dritten Abschnitt die Erfordernisse der Eheschließung und die Ehehindernisse erschöpfend geregelt.[1] Hinsichtlich der Folgen des Zuwiderhandelns verweist es allgemein auf die Landesrechte.[2] Dies von dem Gesichtspunkt aus, daß diese Folgen für die Thätigkeit des Standesbeamten nicht in Betracht kommen. Hiernach treten zwar die vom Reichsgesetz festgestellten Ehehindernisse an die Stelle der von der preußischen Gesetzgebung angeordneten,[3] es bleiben dagegen die an solche

schließung vorhanden waren, kann daher diese Nichtigkeitsklage nicht offen stehen, noch weniger Dritten.

29) Vgl. L. R. II, 1 § 173.

30) Das Verlangen einer Herstellung des ehelichen Lebens vor der in Aussicht genommenen kirchlichen Trauung wäre unsres Erachtens gegen die guten Sitten. Vgl. Brünneck die Folgen der versprochenen kirchlichen Trauung bei Gruchot Bd. 33 S. 769.

31) L. R. II, 1 § 171.

1) Der dritte Abschnitt des Reichsgesetzes trat in Preußen, in Folge der Verordnung vom 14. Februar 1875, mit dem 1. März 1875 in Kraft.

2) Reichsgesetz § 36. Dies gilt jedoch nur soweit, als das Reichsgesetz nicht selbst, direkt oder indirekt, etwas über die Folgen bestimmt.

3) Soweit das Reichsgesetz ein Ehehinderniß aufstellt, können Ausnahmen, welche das *preußische* Recht bezüglich des entsprechenden, von ihm aufgestellten Hinder-

Hindernisse angeknüpften Folgen dieser Gesetzgebung in Geltung. Sämmtliche vom Reichsgesetz nicht anerkannte Beschränkungen des Rechts der Eheschließung sind ausdrücklich beseitigt.[4]

2. Voraussetzung für die Eheschließung ist vor allem freie Einwilligung der Ehegatten und derjenigen Personen, deren Zustimmung das Gesetz erfordert.

Die Einwilligung des Ehegatten[5] kann fehlen in Folge von Willensunfähigkeit oder von Willensmängeln.

a) Nicht rechtsbeständig ist die Erklärung von Geisteskranken[6] und von solchen Geistesschwachen, welche der Einsicht in die Bedeutung des Akts entbehren, ebenso von derart Trunkenen, daß sie ihrer Sinne nicht mächtig waren. Die Ehe solcher Personen ist ungültig, sie kann, wenn der Geisteskranke entmündigt ist, von dessen Vormund, sonst von dem Erklärenden selbst angefochten werden.[7]

---

nisses traf, nicht übernommen werden. So bestimmt das Reichsgesetz im § 35: „Frauen dürfen erst nach Ablauf des zehnten Monats seit Beendigung der früheren Ehe, eine weitere Ehe schließen. Dispensation ist zulässig." Dies tritt an die Stelle der landrechtlichen neunmonatlichen Wartefrist L. R. II, 1 § 20, aber auch die an sich entsprechenden Ausnahmen des Landrechts, wenn die Frau vorher entbunden ist oder wenn die Ehe wegen böslicher Verlassung getrennt wurde L. R. II, 1 §§ 19 und 21, können nicht als übernommen gelten. Dispensation ist deshalb auch hier einzuholen, so wenig zu verkennen ist, daß man sie in diesen Fällen sehr gut entbehren könnte. Doch ist dies in der Praxis nicht allgemein angenommen worden, vgl. Stölzel im Justizministerialblatt von 1878 S. 161 ff.

4) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 39, vgl. unten § 14 Anm. 28.

5) Vgl. Reichsgesetz § 28 Abs. 1. „Zur Eheschließung ist die Einwilligung und die Ehemündigkeit der Eheschließenden erfordert."

6) Vgl. L. R. II, 1 § 39. Nach L. R. I, 4 § 25 sind im Gegensatz zum gemeinen Recht Geisteskranke, die unter Vormundschaft gestellt sind, auch in lichten Zwischenräumen nicht handlungsfähig. Sie waren daher auch für unfähig zur Eheschließung zu erachten. Dies ist aber — anders Hinschius a. a. O. S. 100 a. E. — nicht mehr nach Inkrafttreten des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 in Geltung. Denn dieses hebt im § 39 alle Vorschriften auf, welche das Recht zur Eheschließung weiter beschränken, als durch das Reichsgesetz geschieht. Da nun das Reichsgesetz in fraglicher Beziehung nur die Einwilligung § 28 verlangt, diese aber bei einem entmündigten Geisteskranken in lichten Zwischenräumen vorhanden ist, so muß das genügen.

7) L. R. II, 1 § 39 erklärt die Ehe wegen Mangels gehöriger Einwilligung für „nichtig". Das Reskript vom 23. September 1837 erklärt dies für einen Druckfehler, Rehbein und Reincke korrigiren hiernach den Text kurzer Hand und drucken „ungültig". Es liegt ein Redaktionsfehler, nicht aber ein Druckfehler vor. Entscheidend ist, daß L. R. II, 1 § 971, dort wo die Frage der Nichtigkeit oder Ungültigkeit ex professo behandelt wird, die fragliche Ehe für „ungültig" erklärt. Es ist dies auch auf die von einem Geisteskranken oder Trunknen geschlossne Ehe zu beziehen; ein Grund, derartige Ehen durch den Staatsanwalt trennen zu lassen, besteht nicht. Auch Striethorst Archiv Bd. 99 S. 201 erklärt die von einem Blödsinnigen eingegangene Ehe bloß für ungültig, nicht für nichtig. Vgl. Eccius Bd. 4 § 203 Anm. 17, gemeinrechtlich R. G. Bd. 9 S. 215, siehe jedoch Hinschius bei Koch Kommentar zu L. R. II, 1 § 39, Peters a. a. O. S. 97.

b) Auch die in Folge Zwangs,[8] Betrugs[9] oder wesentlichen Irrthums abgeschlossene Ehe ist nicht gültig. Wesentlich ist stets Irrthum bezüglich der Identität des Ehegatten. Aber auch Irrthum in solchen Eigenschaften, welche gewöhnlich vorausgesetzt werden, ist wesentlich.[10][11] Es gehört hierher Irrthum über die Jungfernschaft der als Jungfer geheiratheten Verlobten;[12] ferner hat als wesentliche Eigenschaft zu gelten Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte und bürgerliche Integrität des andern Theils, also insbesondre, daß er nicht etwa zu Zuchthaus, oder zu Gefängniß wegen entehrender Vergehen verurtheilt war.[13][14]

c) Ausdrückliche Genehmigung nach entdecktem Irrthum oder Betrug oder nach aufgehobnem Zwang macht die Ehe rechtsgültig.[15] Es ist aber

8) L. R. II, 1 § 39 ff. So auch c. 14, c. 28 X. de sponsalibus 4, 1.

9) Das kanonische Recht hatte dem Betrug als solchem keine trennende Kraft gegeben, wohl aber das protestantische Kirchenrecht. Vgl. Seuffert Archiv Bd. 18 n. 143. Es kann nur dolus causam dans in Betracht kommen. Dahin kann Vertuschung ekelerregender Gebrechen gezählt werden; ferner Betrug über Vermögensverhältnisse R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 1081. R. G. Bd. 18 S. 223, Verheimlichung der Thatsache einer früheren geschiedenen Ehe R. G. Bd. 5 S. 180.

10) Das kanonische Recht zog nur den s. g. error circa qualitatem in personam redundantem, d. h. über eine Eigenschaft, durch welche sich dem Eheschließenden die Individualität des andern Theils bestimmt, in Betracht, sowie den Irrthum über die Freiheit des andern Theils; vgl. hierüber u. A. Schilling in Scherings Archiv Bd. 1 S. 91 ff. Irrthum über wesentliche Eigenschaften als solcher wurde vom kanonischen Recht nicht berücksichtigt. Wohl aber nach protestantischem Kirchenrecht.

11) L. R. II, 1 § 40 erklärt als erheblich einen Irrthum in solchen persönlichen Eigenschaften, welche bei Schließung einer Ehe von dieser Art vorausgesetzt zu werden pflegen. Das Landrecht scheint also die konkreten Bildungs- und Standesverhältnisse der Ehegatten zu berücksichtigen.

12) Die Frage gehört zu den häufig verhandelten. Das kanonische Recht verneint sie ausdrücklich cap. un. in fine causa 29 qu. 1 und cap. 25 X. de jurejurando 2, 24, vgl. über französisches Recht R. G. Bd. 23 S. 333. Die protestantischen Kirchenrechtslehrer dagegen sahen in der Jungfernschaft eine conditio tacita der Ehe; vgl. Glück Bd. 22 S. 438. Das Obertribunal erachtet den Irrthum bezüglich der Jungfernschaft der Braut schlechthin für wesentlich. In den bezüglichen Fällen — Striethorst Archiv Bd. 45 S. 173, Bd. 60 S. 218 — war übrigens die Ehefrau zur Zeit der Verheirathung von Dritten geschwängert. Hatte die Frau die Jungfernschaft verloren, ohne geschwängert zu sein, so wird man nach den Umständen zu beurtheilen haben, ob der Mann auf jene Eigenschaft seiner Verlobten ein entscheidendes Gewicht legte. Vgl. jedoch R. G. Bd. 17 S. 246, bei Gruchot Bd. 33 S. 999, siehe auch über die Beweislast R. G. Bd. 25 S. 193. Für unwesentlich erachtet es das Obertribunal, wenn die Ehefrau nicht davon unterrichtet war, daß der Ehemann schon vor der Ehe ein uneheliches Kind erzeugt hat. Striethorst Archiv Bd. 86 S. 168. — Irrthum über wesentliche Eigenschaften kann in Nichtkenntniß unheilbarer Impotenz gesehen werden.

13) Reichsgericht bei Gruchot Bd. 24 S. 494.

14) Wie steht es mit simulirten Ehen? Kohler in Iherings Jahrb. Bd. 28 S. 167, Regelsberger Pandekten Bd. 1 § 141 Anm. 10 schließen jede Berufung auf die Simulation der Ehe aus. Die Sache ist zweifelhaft; ich habe geschwankt. In der That kann die Ausschließung der Anfechtung nur zu Gunsten getäuschter Dritter angenommen werden. Insbesondere kann der Scheingatte aus der Scheinehe Erbrechte nicht herleiten.

15) L. R. II, 1 § 41. Es muß die Absicht, die Ehe als eine gültige zu behandeln, geäußert sein. Ob dieselbe ausdrücklich, d. h. direkt und unzweideutig erklärt wurde, ist

die Anfechtung ausgeschlossen, wenn diese Willensfehler nicht binnen 6 Wochen nach jenem Zeitpunkt gerichtlich gerügt werden.[16] Die Erben können die Anfechtungsklage nur erheben, wenn ihr Erblasser die Rüge eingelegt hat; im Fall einer erzwungenen kinderlos gebliebenen Ehe aber haben die Erben den Anspruch auch dann, wenn ihr Erblasser während der Rügefrist, ohne sich zu erklären, starb.[17]

§ 14. Einwilligung der Eltern und Vormünder.[1]

I. Für das römische Recht war Einwilligung des Hausvaters zur Ehe seines Hauskindes unumgängliches Erforderniß,[2] während die Zustimmung der Mutter, sowie der Kuratoren der Minderjährigen rechtlich nicht in Betracht kam. Das ältere deutsche Recht verlangte in ähnlicher Weise Willenseinigung des Inhabers des Mundiums mit dem Bräutigam;[3] später trat an die Stelle die bloße Verpflichtung zur Einholung der Einwilligung beider Eltern. Weitere Abschwächung erfolgte durch das kanonische Recht, welches die Einholung der Einwilligung des Vaters als bloße ethische Pflicht behandelte.[4] Erst das protestantische Kirchenrecht schloß sich wieder dem römischen Recht

---

Thatfrage. In bloßer „Verzeihung" wurde sie nicht gefunden bei Striethorst Archiv Bd. 45 S. 173.

16) Nach § 41 des Titels wird die Ehe verbindlich, wenn dieselbe länger als 6 Wochen „fortgesetzt" wurde, vgl. auch § 721 des Titels. Die Praxis nimmt an, daß die Ehe auch dann fortgesetzt sei, wenn sich die Ehegatten eigenmächtig thatsächlich trennten, da sie rechtlich fortbestehe. Entsch. des O. Trib. Bd. 20 S. 239. Bd. 26 S. 435. R. G. Bd. 27 S. 229. Dies wird unterstützt durch L. R. II, 1 § 976, wonach das Ehehinderniß gehoben sein soll, wenn es „innerhalb der durch die Gesetze bestimmten Frist nicht gerügt worden" ist, vgl. auch L. R. II, 1 § 42. Das Obertribunal fordert hiernach Klaganmeldung, welche derzeit nicht mehr stattfindet. Man wird eine gerichtliche Protestation, die auch durch den Gerichtsvollzieher geschehen kann, als genügend erachten müssen, vgl. § 43 der Geschäftsanweisung für Gerichtsvollzieher vom 24. Juli 1879, oben Bd. 1 § 84 Anm. 1. R. G. a. a. O. läßt dies jedoch dahingestellt. Da auch nach gemeinem protestantischen Kirchenrecht die stillschweigende Genehmigung den Fehler der mangelnden Einwilligung heilt, so sind die Bestimmungen von L. R. II, 1 § 41, welche dieselbe nur näher präcisiren, nicht als in der Mark Brandenburg suspendirt anzusehen. Präjudiz des O. Trib. n. 1327. Scholtz-Hermensdorff Provinzialrecht der Kurmark Bd. 2 S. 9 ff.

17) L. R. II, 1 § 42 ff. — Dem Erben wird die Frist, soweit sie dem Erblasser noch offen stand, vom Todestag an gerechnet, verdoppelt. Auch § 42 ff. erachtet Scholtz-Hermensdorff a. a. O. nicht für suspendirt.

1) L. R. II, 1 §§ 45—72 und §§ 994—1000. Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 §§ 29—32, 36 und 39. Stölzel Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 17 S. 68 ff. S. 109 ff. Goldenring das Recht des elterlichen und vormundschaftlichen Heirathskonsenses im Gebiete des allgemeinen Landrechts unter dem Einflusse des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875, bei Gruchot Bd. 21 S. 657 ff. Dort sind auch die wichtigeren älteren Abhandlungen des preußischen und gemeinen Rechts angeführt.

2) Pr. § 12 J. de nuptiis 1, 10. Glück Bd. 23 S. 17 ff.

3) Sohm Recht der Eheschließung, insbesondere S. 50 ff.

4) Concilium Tridentinum sess. 24 cap. 1. Schulte katholisches Eherecht S. 320.

an, so jedoch, daß man vielfach auch die Zustimmung der Mutter zur Bedingung der Eheschließung machte.[5]

II. Das Landrecht forderte die Einwilligung des Vaters. Doch nur die Ehe des Haussohns, sowie die der Tochter, welche noch nicht das vierundzwanzigste Jahr überschritten hatte, war ohne väterliche Einwilligung ungültig.[6] Es waren ferner Minderjährige und Verschwender mit Rücksicht auf ihre mangelnde Handlungsfähigkeit an die Einwilligung ihres Vormundes und ihrer Mutter, nach dem Tode der Mutter an die Einwilligung der Großeltern gebunden.[7]

Die Kinder sollen, auch abgesehen von den erörterten Fällen, in Folge der den unmittelbaren Eltern schuldigen Ehrerbietung deren Einwilligung zum Eheschluß einholen, widrigenfalls dieselben ihnen die Hälfte des Pflichttheils entziehen dürfen.[8]

III. Das Reichsrecht nimmt keine Rücksicht auf die väterliche Gewalt, auch die Minderjährigkeit ist ihm nicht das Maßgebende. Es geht davon aus, daß der Sohn, so lange er nicht das 25., und die Tochter, so lange sie nicht das 24. Lebensjahr vollendet hat, zur Eheschließung der Einwilligung ihrer natürlichen oder gesetzlichen Berather bedürfen.[9] Die rechtlichen Folgen der gegen die Bestimmungen des Reichsgesetzes ohne solche Einwilligung geschlossenen Ehen regelt sich nach den Vorschriften des Landesrechts.[10] Dieser auf einer Verbindung verschiedner Rechtssysteme beruhende Zustand entbehrt innerer Folgerichtigkeit. Die Sache gestaltet sich folgendermaßen.

1. Das Einwilligungsrecht steht dem Vater bei ehelichen Kindern zu, so lange sie die gedachte Altersgrenze nicht erreicht haben. Es greift nicht Platz, wenn der Vater zur Abgabe einer Willenserklärung dauernd außer Stande oder wenn sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist.[11] Das Bestehen der väterlichen Gewalt ist nicht zur Bedingung gesetzt, die Einwilligung des Vaters daher selbst dann erforderlich, wenn er die Gewalt zur Strafe,

5) So die Konsistorialordnung von 1573, c. c. M. p. I, Abth. 1, S. 328, und die späteren Ordnungen.

6) L. R. II, 1 § 45. II, 1 §§ 994. 997.

7) L. R. II, 1 § 49 ff.

8) L. R. II, 2 § 250. II, 1 §§ 998. 1000. Hieran hat das Reichsrecht nichts geändert. Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 947.

9) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 29.

10) Reichsgesetz § 36, oben § 13 bei Anm. 2.

11) Reichsgesetz § 29 Absatz 3. Aehnlich L. R. II, 1 § 56; nach L. R. II, 1 § 57 konnte die Einwilligung vom Vormundschaftsgericht auch ergänzt werden, wenn die Eltern in bekanntem Aufenthaltsort, aber außerhalb Europas lebten. Es ist dies durch das Reichsgesetz aufgehoben. Das römische Recht forderte Verfluß von 3 Jahren seit der Abwesenheit des Vaters l. 9 § 1, l. 10, l. 11 D. de ritu nuptiarum 23, 2.

z. B. wegen Strafverurtheilungen, verloren hat. Sie ist auch einzuholen, wenn seine Ehe mit der Mutter des Kindes getrennt ist und er, weil für den schuldigen Theil erklärt, das Erziehungsrecht verloren hat.

Der Standesbeamte darf die Ehe nicht abschließen, ehe ihm die Einwilligung des Vaters beigebracht ist. Aber die gleichwohl abgeschlossene Ehe ist nach den insoweit erhaltnen Grundsätzen des preußischen Rechts nur dann anfechtbar, wenn der Vater im Augenblick der Eheschließung die väterliche Gewalt hat.[12] Das Recht des Vaters auf Aufhebung der Ehe ist ein selbständiges, aus seiner Gewalt fließendes und nicht dadurch bedingt, daß die Fortsetzung der Ehe dem Kinde nachtheilig ist. Die Geltendmachung dieses Rechtes ist gebunden an die Zeit von 6 Monaten nach erhaltener Nachricht von der Vollziehung der Ehe.[13] Es geht als höchstpersönliches Recht auf die Erben des Vaters nicht über.

Dem Kinde, welches sich ohne Einwilligung des Vaters verheirathete, steht ein Anfechtungsrecht nicht zu. Es hat ein solches auch nicht, wenn es minderjährig war.

2. Ist der Vater verstorben oder zur Abgabe einer Erklärung dauernd außer Stande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt, so hat die Mutter, falls sie hierzu fähig und ihr Aufenthalt bekannt ist, das Einwilligungsrecht zur Ehe ihres ehelichen Kindes.[14] Ist das Kind minderjährig, so ist auch die Einwilligung des Vormundes nöthig, mag es eine einwilligungsberechtigte Mutter haben oder nicht. Der Vormund darf seine Einwilligung ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht ertheilen.[15][16]

---

12) L. R. I, 1 § 997: „Hat ein Sohn, der nicht mehr unter väterlicher Gewalt sich befindet, oder eine Tochter nach zurückgelegtem vierundzwanzigsten Jahre ohne väterliche Einwilligung geheirathet, so bewirkt dieser Mangel keine Ungültigkeit der Ehe." Das 24. Jahr bei Töchtern ist mit Rücksicht auf die nach Landrecht mit Vollendung dieses Jahres eintretende Großjährigkeit gewählt. Ob nach Veränderung des Großjährigkeitstermins das einundzwanzigste Jahr an die Stelle zu setzen sei, kann zweifelhaft werden. Goldenring a. a. O. S. 702 bejaht dies. Nimmt man dies nicht an, so paßt der Satz des Textes auch für die Tochter nach dem Reichsgesetz.

13) L. R. II, 1 § 994. Ueber den Beginn der Frist siehe Entsch. des O. Trib. Bd. 29 S. 380. Vgl. auch oben § 9 Ziff. 2 und Anm. 6 daselbst.

14) Die Zustimmung von Mutter und Vormund ist nicht gefordert, wenn der Vater vorhanden ist, die väterliche Gewalt aber zur Strafe verlor und das noch minderjährige Kind unter eine Vormundschaft, z. B. die seiner Mutter, gestellt wurde. Es genügt vielmehr auch in solchen Fällen die Zustimmung des Vaters.

15) L. R. II, 1 § 54. Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 29 Abs. 5 hat dies beibehalten, ebenso § 48 der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875. Dem Standesbeamten ist auch die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde nachzuweisen. Bei Meinungsverschiedenheit mehrerer Vormünder kommt L. R. II, 1 § 72, nicht V. O. § 30 Abs. 2 zur Anwendung, vgl. V. O. § 48.

16) Ueber die Ergänzung der Genehmigung des Vormundes vgl. unten Anm. 37.

Auf uneheliche Kinder finden die Bestimmungen über vaterlose eheliche Kinder Anwendung.[17]

Wegen des Mangels mütterlicher oder vormundschaftlicher Einwilligung steht dem Vormund die Anfechtungsklage während der Vormundschaft zu.[18] Nach erreichter Großjährigkeit hat das Kind selbst die Anfechtungsklage binnen 6 Monaten.[19]

Die Mutter hat, sofern sie nicht zugleich Vormünderin ist, keine Anfechtungsklage.[20] Bei großjährigen Kindern hat also der Mangel ihrer Einwilligung nicht die Bedeutung eines trennenden Ehehindernisses.

3. Bei Adoptivkindern tritt an die Stelle des Vaters beziehungsweise der Mutter derjenige, welcher an Kindesstatt angenommen hat.[21] [22] Der Adoptivvater hat das Anfechtungsrecht wie ein natürlicher Vater, sofern er die väterliche Gewalt hat.

4. Durch das Reichsgesetz ist das vom Landrecht anerkannte Einwilligungsrecht des Pflegvaters, sowie der Großeltern beseitigt.[23]

---

17) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 30.

18) Vgl. L. R. II, 1 § 999, § 978 ff. Der Vormund bedarf der Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts zu der Klage, vgl. § 980 das. Die Klage soll nur angestellt werden, wenn der Mündel die Ehe nicht fortsetzen will oder wenn ihm die Fortsetzung der Ehe nicht zuträglich ist. Hierüber hat der Prozeßrichter zu befinden, Entsch. des O. Trib. Bd. 73 S. 257, dagegen freilich Goldenring a. a. O. S. 705. Richtiger Ansicht nach hat der Vormund bei der Anfechtungsklage nicht ein eignes Recht oder Interesse zu wahren, sondern das Recht seines Mündels zu vertreten. Die Ungültigkeitsklage ist daher nicht, wie O. Trib. a. a. O. S. 250 ff. ausführt, gegen beide Ehegatten, also auch gegen den eigenen Mündel zu richten, sondern nur gegen den andern Ehegatten. Ob der Mündel mit der Ehe einverstanden ist, kann nicht entscheiden, da er eben wegen seiner Minderjährigkeit seine Interessen noch nicht selbständig wahren kann und im Prozeß durch den Vormund vertreten wird. Peters a. a. O. S. 90 hat dies nicht widerlegt. Vgl. auch Eccius Bd. 4 § 203 Anm. 23. Wird der Mündel während des Prozesses großjährig, so untersteht es seiner Entschließung, ob er den Prozeß fortsetzen will.

19) L. R. II, 1 § 984. Anders Stölzel vgl. oben § 9 Anm 6.

20) Nach L. R. II, 1 § 1000.

21) Reichsgesetz § 31 Satz 1. Der zweite Satz desselben hat für das preußische Recht keine Bedeutung. — Es erheben sich mehrere Streitfragen. Vor Allem war schon im frühern preußischen Recht zweifelhaft, ob gemäß L. R. II, 1 § 47 die Adoptivmutter das Genehmigungsrecht zur Ehe ihres Adoptivkindes habe. Wir würden dies bejahen, so weit nicht etwa das überwiegende Recht eines Adoptivvaters die Adoptivmutter ausschließt. Und dies halten wir auch nach Reichsrecht für das Richtige, denn der Wortlaut spricht hierfür, und sachlich liegt hierin unserer Ansicht nach das Angemessene. Die Adoptivmutter ist es, welche das Kind erzieht und für dasselbe gesorgt hat, die natürlichen Eltern haben das Kind aufgegeben, oft um Geldes willen. Sie sind häufig in andern Lebensstellungen, als das Kind, und ihre Einwilligung wird sich nicht immer durch die entsprechendsten Motive leiten lassen. Deshalb würden wir § 31 dahin auslegen, daß der natürliche Vater für immer durch das Geben in die Adoption das Einwilligungsrecht verloren hat, was freilich die Meisten gleichfalls in Abrede stellen.

22) Ueber den Einkindschaftsvater vgl. unten § 67 Anm. 5.

23) L. R. II, 1 §§ 48. 50 ff., vgl. mit § 39 des Reichsgesetzes. Ueber die Einwilligung zu Ehen des Verschwenders vgl. oben Bd. 1 § 76 Anm. 5.

5. Das Recht der Einwilligung ist höchst persönlich, kann also auf Andere nicht übertragen werden.[24] Die Einwilligung soll dem Standesbeamten in beglaubigter Form vorgelegt werden, doch darf er sich auch in anderer Weise die Ueberzeugung ihrer Ertheilung verschaffen.[25] An sich genügt daher formlose Einwilligung. Sie muß aber zu der bestimmten Ehe, sie muß unbedingt und unbetagt ertheilt sein; es sei denn, daß die zugefügte Bedingung oder Befristung zur Zeit der Eheschließung bereits eingetreten ist. Die Einwilligung muß zur Zeit der Eheschließung fortbestehen. Sie ist daher bis dahin zurückziehbar.[26] Aus einer Zurückziehung ohne Grund kann dem anderen Theil ein Klagrecht wegen Verlöbnißbruchs erwachsen, der Standesbeamte ist aber nicht berechtigt, die Ehe vorzunehmen. Wenn der Vater nach Ertheilung der Einwilligung vor der Eheschließung des Kindes verstirbt, so ist folgerecht die Einwilligung nunmehr von der Mutter beziehungsweise den Vormündern aufs neue zu ertheilen.[27]

Die ohne Einwilligung der Eltern geschlossene Ehe kann, auch wenn sie nicht angefochten wird und selbst wenn das Fehlen die Ehe nicht hindert, vermögensrechtliche Nachtheile im Gefolge haben.[28]

6. Die Verweigerung der Einwilligung darf nicht aus Willkür, sie muß aus erheblichen Gründen geschehen.[29] Dahin gehört insbesondere die naheliegende Gefahr einer unglücklichen Ehe, z. B. wegen Mangels des nöthigen Auskommens,[30] oder grober Laster des Verlobten oder schwerer Krankheit oder auch erheblicher Verschiedenheit des Standes oder der Bildung.[31] Die Eltern

---

24) Vgl. oben Bd. 1 § 113 bei Anm. 17. Uebertragung des Einwilligungsrechtes auf einen Specialbevollmächtigten läßt zu Goldenring a. a. O. S. 695.

25) Reichsgesetz § 45.

26) Anderer Ansicht mit Rücksicht auf L. R. II, 1 § 111 ist Goldenring a. a. O. S. 694 und 695. Vgl. aber auch Eccius Bd. 4 § 203 Anm. 20.

27) So auch Sicherer Personenstand S. 175.

28) L. R. II, 1 § 995 ff. Diese Nachtheile bestehen in dem Recht der Enterbung bis auf die Hälfte des Pflichttheils, vgl. unten § 202 Anm. 22 und darin, daß der Ehemann, welcher ein minderjähriges Mündel ohne den nöthigen Konsens heirathet, denselben Nachtheilen unterliegt wie der Vormund, welcher sein Mündel heirathet, vgl. unten § 16 Anm. 10. Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 39 schließt zwar andere Beschränkungen des Rechts zur Eheschließung als die von ihm aufgenommnen aus. Dies bezieht sich aber nur auf die Eheschließung selbst. Der Standesbeamte darf nichts Andres berücksichtigen. An Beseitigung indirekter Beschränkungen durch Vermögensnachtheile konnte nicht gedacht sein, wenn man nicht in das civilrechtliche System tief und unvorsichtig einschneiden wollte. Es lag auch außerhalb der Zwecke des Gesetzes, das Eheschließungsrecht nach dieser Rücksicht für Deutschland einheitlich zu ordnen. Vgl. Stölzel Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 17 S. 110 unter a und dort Angeführte, ferner oben § 13 Ziff. 1.

29) L. R. II, 1 § 58.

30) L. R. II, 1 §§ 59, 60. Erwerbsfähigkeit und voraussichtliche Gelegenheit zum auskömmlichen Erwerb genügen. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 17 S. 338.

31) Vgl. L. R. II, 1 § 65, siehe auch Gruchot Bd. 21 S. 685. Ist eine derartige Ungleichheit nur unter besondern Umständen zu berücksichtigen, so werden die Eltern

sind zur Verweigerung auch berechtigt, wenn sie vom andern Theil gröblich beleidigt wurden,[32] oder wenn die Verlobten durch heimliche Ehegelöbnisse, Entführung oder andere unerlaubte Mittel ihre Zustimmung zu erzwingen suchten.[33]

Im Fall willkürlicher Verweigerung der Einwilligung ließ schon das römische Recht Zwang der Obrigkeit zu dessen Ertheilung eintreten.[34] Das gemeine und preußische Recht geben dagegen dem Richter ein Recht zur Ergänzung der erbetenen, aber ohne Grund verweigerten Einwilligung. Und zwar haben die Kinder gegenüber den Eltern klagend beim Prozeßgericht aufzutreten.[35] Nach dem Reichsgesetz jedoch ist eine derartige Klage nur noch großjährigen Kindern verstattet.[36] Die durch den Vormund verweigerte Einwilligung kann vom Vormundschaftsgericht ergänzt werden.[37] Den Eltern wie dem Vormund liegt ob, einen zulänglichen Grund der Verweigerung anzuführen und darzuthun. Doch wird es Sache der Verlobten sein, im Streitfall ihrerseits den Nachweis zu führen, daß sie voraussichtlich die Mittel zu ihrer Existenz haben werden.[38]

§ 15. Die Ehehindernisse. a) Trennende.

Die Bedingungen der Eheschließung, abgesehen von der Einwilligung der Verlobten und ihrer Eltern und Vormünder, kommen praktisch,

---

oder Vormünder noch weniger berechtigt sein, ihre Einwilligung wegen Verschiedenheit der Religion oder Konfession zu verweigern, da erfahrungsmäßig auch s. g. gemischte Ehen sehr wohl glückliche sein können. Dagegen kann ein Verweigerungsgrund sein, wenn die Ehe mit einem Angehörigen eines fremden Volkes beabsichtigt wird, bei welchem die Frau eine andere sociale Stellung wie in Europa zu haben pflegt, z. B. mit einem Japaner, Chinesen, Perser.

32) L. R. II, 1 § 66. Verzeihung der Beleidigung hebt den Grund auf, Striethorst Archiv Bd. 63 S. 50, wenn nicht die Rohheit des Benehmens eine unglückliche Ehe erwarten läßt.

33) L. R. II, 1 § 67. Das Obertribunal — Entsch. Bd. 3 S. 360, Striethorst Archiv Bd. 32 S. 294 — versteht unter „heimlichen" Verlöbnissen unter Beobachtung der gesetzlichen Form errichtete oder durch Aufgebot bekräftigte, die aber ohne den Willen des Vaters geschahen, also erschlichen sind, L. R. II, 1 § 89, Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 45. Es ist aber der Nachdruck auf den Versuch der Erzwingung zu legen; formlose Verlöbnisse, die diesen Zweck hatten, geben daher gleichfalls einen Grund zur Verweigerung der Einwilligung, Ulrich Archiv Bd. 6 S. 611 ff.

34) l. 19 D. de ritu nupt. 23, 2.

35) L. R. II, 1 § 68.

36) Reichsgesetz § 32. R. G. Bd. 21 S. 43. Das Reichsgesetz kennt nur eine Klage des Kindes; nach A. G. O. I, 40 § 13 ff. sollten die Verlobten gemeinsam klagen, Entsch. des O. Trib. Bd. 73 S. 258.

37) L. R. II, 1 § 69. Hiergegen ist Beschwerde zulässig. Vorm. O. § 10. Eine förmliche Klage des Vormundes, falls das Vormundschaftsgericht die Einwilligung ertheilt, wird von Manchem aus L. R. II, 1 § 70 hergeleitet. Eine solche Klage ist unpraktisch, es fehlt an einem zur Uebernahme der Klage Verpflichteten.

38) Goldenring a. a. O. S. 677.

falls sie mangeln, als Ehehindernisse in Betracht. Solche Hindernisse sind entweder trennende, wenn sie die Kraft haben, die Aufhebung der gleichwohl geschlossenen Ehe zu bewirken, oder einfache, wenn sie ohne diese Kraft zu haben, dem Abschluß entgegenstehen.

Derzeit sind trennende Ehehindernisse:

1. Mangel der Ehemündigkeit. Nach römischem und kanonischem Recht, beide für den Erdkreis bestimmt, begann die Ehemündigkeit mit vollendetem 14. Lebensjahr bei Männern, mit vollendetem 12. bei Weibern.[1] Deutscher Anschauung entsprechend setzte das Landrecht die volle Mündigkeit, d. h. das 18. Jahr bei Männern und das 14. bei Weibern an die Stelle.[2] Noch weitergehend hat das Reichsrecht das vollendete 20. Lebensjahr bei Männern, das vollendete 16. bei Weibern erfordert. Dispensation ist zugelassen.[3]

Die Ehe mit einer nicht ehemündigen Person ist nicht nichtig, vielmehr nur ungültig.[4] Sie wird gültig, wenn die Ungültigkeit nicht innerhalb 6 Monaten nach der Ehemündigkeit gerichtlich geltend gemacht wird.[5] Der Vormund des Nichtehemündigen hat zur Anstellung der Ungültigkeitsklage die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts einzuholen.[6][7]

---

1) Pr. J. de nuptiis 1, 10; l. 4 D. eod. 23, 2; cap. 8, cap. 10, X. de despons. impuberum 4, 2. Das kanonische Recht läßt übrigens bei früherer Pubertät auch Ehen vor dem gesetzlichen Zeitpunkte zu.

2) L. R. II, 1 § 37. Hiermit stimmte überein das für die preußische Monarchie erlassene Gesetz vom 21. December 1872. Vgl. über frühere Ansichten Projekt des corp. jur. Frid. part. I lib. 2 tit. 3 § 3, ferner Hellfeld jurispr. for. § 1208 und § 130 nach l. 14 § 1 D. de alim. leg. 34, 1, siehe Suarez bei v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 107.

3) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 28 Abs. 2. Die Dispensation ertheilt der Justizminister. Das Gesuch ist dem Amtsgericht zu übergeben. Verordnung vom 24. Februar 1875. Circularreskript des Justizministeriums vom 2. März 1875. Ueber die Wirkung nachträglicher Dispensation vgl. Stölzel Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 17 S. 104.

4) L. R. II, 1 § 970. Vgl. auch oben § 8 Ziff. 2 letzter Absatz.

5) L. R. II, 1 § 990, vgl. aber § 13 Anm. 16. Unsrer Ansicht nach wird die Ehe, welche ein Eheunmündiger ohne Dispensation schloß, sofort gültig, wenn nachträglich Dispensation erfolgt, entsprechend L. R. II, 1 § 975. Andrer Ansicht Stölzel Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 17 S. 108.

6) L. R. II, 1 §§ 991, 92, 978. Vgl. auch oben § 14 Anm. 18. Stölzel a. a. O. S. 103 hält die Genehmigung der Vormundschaftsbehörde durch die V. O. für beseitigt, weil die V. O. § 42 diesen Fall der Genehmigung zu einer Handlung des Vormunds durch das Gericht nicht aufführt und § 102 der V. O. alle auf das „Vormundschaftswesen" bezüglichen älteren gesetzlichen Bestimmungen aufhebt. Hiergegen ist zu erwidern, daß die Frage, wer zur Anfechtung einer Ehe legitimirt ist, nicht bloß dem Vormundschaftswesen angehört, sondern in erster Linie dem Eherecht, bei welchem sie auch das Landrecht erledigt. Schon deshalb erachten wir die Specialbestimmung als durch die V. O. nicht berührt. Dann kommt in Betracht, daß die V. O. § 48 ausdrücklich erklärt, die bestehenden Vorschriften über das Erforderniß der Einwilligung des Vormundschaftsgerichts zur Eheschließung des Mündels bleiben in Kraft. Wir finden hierin den Gedanken angedeutet, die V. O. wolle die Gestaltung des persönlichen Eherechts überhaupt unberührt lassen, weil dies auf dem Grenzgebiet liegt und die Regelung der bezüglichen

2. Des weiteren begründen Ehehindernisse Verwandtschaft und Verschwägerung.

Nicht das kanonische Recht, welches diese Ehehindernisse sehr ausdehnte, insbesondere in der Seitenlinie bis zum vierten Grad kanonischer Komputation,[8] bildet die Grundlage dieser Materie, sondern überwiegend das römische Recht, welches verbot die Ehe mit Ascendenten, ferner mit dem Geschwister eines Ascendenten, sowie unter solchen Verschwägerten, zwischen welchen ein Eltern- und Kindesverhältniß bestand, endlich zwischen Geschwistern wie auch deren Ehegatten.[9][10] Auf ein engeres Maß beschränkte diese Ehehindernisse das preußische Landrecht.[11] Die Gesetzgebung des deutschen Reichs, ihm im Allgemeinen folgend, hat sie noch weiter beschränkt.[12] Dieselbe untersagt nur Ehen

a) zwischen Verwandten in auf- und absteigender Linie, ohne Unterschied, ob die Verwandtschaft eine eheliche oder außereheliche ist;[13]

b) zwischen Geschwistern, seien sie vollbürtige oder halbbürtige, eheliche oder außereheliche;[14]

c) zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, Schwiegereltern und Schwiegerkindern jeden Grades, auch nach Auflösung der die Schwägerschaft begründenden Ehe. Dieses Verbot erstreckt sich auch auf die unehelichen

---

Fragen zu den grundsätzlichen Aufgaben einer Vormundschaftsordnung nicht gehört. Hiernach ist auch unsre Frage zu entscheiden.

7) Der Ehemann der Eheunmündigen unterliegt den Vermögensnachtheilen von L. R. II, 1 § 980 ff. bis zu deren Großjährigkeit, siehe unten § 16 Anm. 10.

8) Cap. 8 X de consanguinit. et affinit. 4, 14 von Innocenz III. Dem Papste steht Dispensationsrecht zu, abgesehen von Geschwistern. Schulte katholisches Eherecht S. 171. — Oben § 1 Ziff. 3.

9) § 1 ff. Inst. de nuptiis 1, 10, l. 5, l. 8, l. 9 C. de incestis nuptiis 5, 5.

10) Die Konsistorialordnung von 1540, C. C. M. I, 1 S. 234, hatte am geschriebenen, also am kanonischen Recht festgehalten; die von 1573, C. C. M. I, 1 S. 328, nur von dem Hinderniß der Verwandtschaft im vierten Grad abgesehen. Dispensation wurde aber nur ausgeschlossen in Fällen, welche in „Göttlichen Rechten" ausdrücklich verboten seien. Edikt vom 17. März 1710 § 9, C. C. M. II, 1 S. 506 und die Kab. Ordre vom 3. Juni 1740, cont. I S. 342, gestattete „ohne Dispens sich in den casibus, wo die Ehe nicht klar in Gottes Wort verboten war, zu verheirathen". Das Mosaische Recht, auf welches hier Bezug genommen wurde, fand mehr oder weniger seine Auslegung nach den Grundsätzen der römischen Legislation.

11) L. R. II, 1 § 3 ff.

12) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 33. Vgl. auch Strafgesetzbuch § 173.

13) Nicht selten wird behauptet, daß die außereheliche Vaterschaft durch Anerkennung des Erzeugers oder rechtskräftiges Urtheil festgestellt sein müsse. So wird wohl Hinschius und Stölzel zum § 33 zu verstehen sein. Allein hierfür giebt das Gesetz keinen Anhalt. Es muß jeder Nachweis genügen, da es sich um ein in dem natürlichen Verhältniß gegründetes Ehehinderniß handelt. Sicherer Personenstand S. 197; Olshausen Kommentar zum R. Str. G. B. § 173.

14) Kinder, welche von verschiedenen Eltern stammen und von diesen in die Ehe gebracht wurden, s. g. zusammengebrachte Kinder, können sich heirathen, vgl. § 8 J. de nuptiis 1, 10.

Verwandten unseres Ehegatten. Das Verbot trifft aber nicht die Ehe mit Descendenten oder Ascendenten dessen, mit welchem der Nupturient in außerehelicher Geschlechtsverbindung stand, noch auch die Ehe mit einer Person, mit welcher der Descendent oder Ascendent der Nupturienten in außerehelicher Geschlechtsverbindung stand, wenn auch aus diesen Verbindungen außereheliche Kinder vorhanden sein sollten. Denn nur die Ehe begründet Schwägerschaft, sowie Stiefverbindung.[15]

Das Verbot der Ehe mit Geschwistern eines Ascendenten ist beseitigt, insbesondere auch das landrechtliche Verbot der Ehe der älteren Tante mit dem jüngeren Neffen.[16]

Kein Ehehinderniß bildet die s. g. Schwägerschaft zweiten Grades.[17] Es ist z. B. die Ehe des Stiefvaters mit der Wittwe des Stiefsohnes nicht verboten. Nicht verboten ist auch die Ehe mit dem von unserm Ehegatten nach der Trennung der Ehe mit einem Dritten erzeugten Kind. Zulässig ist ferner die Ehe mit Geschwistern des Ehegatten.

Ehen, die dem Verbot zuwiderlaufen, sind nichtig.[18]

3. Die Ehe ist verboten zwischen Personen, deren eine die andre an Kindesstatt angenommen hat, so lange das Kindesverhältniß dauert.[19] Die gleichwohl geschlossene Ehe ist ungültig.[20] Ist das angenommene Kind minderjährig, so ist demselben ein Pfleger zu bestellen, welcher unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts auf Ungültigkeitserklärung klagen kann;[21] ist das angenommene Kind volljährig, so hat es die Ungültigkeitsklage binnen 6 Monaten nach der Ehe.[22]

15) Vgl. L. R. I, 1 §§ 43, 44. Sicherer Personenstand S. 199. Stölzel über das reichsgesetzliche Eheverbot wegen außerehelicher Schwägerschaft im Justizministerialblatt 1876 S. 215 ff.

16) L. R. II, 1 § 8.

17) Auch nach L. R. II, 1 § 5 wurde angenommen, daß eine s. g. affinitas secundi generis nicht in Betracht komme. Anders das kanonische Recht und älteres protestantisches Kirchenrecht.

18) L. R. II, 1 § 935. Der Beischlaf — nicht die Ehe — ist strafbar, R. St. G. B. § 173.

19) Reichsgesetz § 33 bei Ziff. 4. Nach römischem Recht hinderte die adoptio plena die Ehe für immer, auch nach Aufhebung des Verhältnisses, § 1 Inst. de nuptiis 1, 10, l. 14 pr. l. 55 pr. D. de ritu nupt. 23, 2; die Ehe mit gewissen Verwandten des Adoptivvaters war nur während der Dauer des Verhältnisses gehindert, l. 55 § 1, l. 17 pr. D. de ritu nupt. 23, 2. Ueber das kanonische Recht vgl. c. un. X. de cogn. legali 4, 12. Schulte a. a. O. S. 185. Die Bestimmung des Reichsgesetzes ist dem L. R. II, 1 § 13 entnommen.

20) L. R. II, 1 § 969.

21) L. R. II, 1 § 985 ff. Stölzel Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 17 S. 100 unterstellt tiefgreifende Aenderungen der fraglichen Bestimmungen, weil er die ehemündigen Minderjährigen als prozeßfähig in Ehesachen ansieht, vgl. hiergegen oben § 9 Anm. 6. Ueber die Frage, ob der Pfleger die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts zur Ungültigkeitsklage einzuholen hat, siehe § 9 Anm. 6.

22) Stölzel S. 73 ist der Meinung, ein Verzicht des — großjährigen — Ehegatten auf die Anfechtung beseitige sein Recht nicht, innerhalb der Frist die Ungültigkeitsklage

4. Niemand darf eine neue Ehe schließen, bevor seine frühere Ehe aufgelöst, oder für nichtig oder für ungültig erklärt ist.[23] Die neue Ehe ist in der Regel nichtig und wird auch im Fall der etwaigen Trennung der früheren Ehe nicht rechtsbeständig. Sie ist aber nur ungültig, wenn beide Nupturienten irrthümlich die frühere Ehe für aufgelöst hielten. Daher erlangt sie in diesem Fall bei einer Trennung der früheren Ehe Gültigkeit.[24]

5. Das Ehehinderniß des Ehebruchs, welches nach kanonischem Recht im Fall der Ermordung des beleidigten Ehegatten oder eines Eheversprechens der Ehebrecher für den Fall seines Todes begründet war,[25] wurde vom Landrecht anerkannt, einmal wenn die Ehescheidung wegen des Ehebruchs oder gleichgestellten verdächtigen Umgangs erfolgte, dann auch bei einer Trennung der früheren Ehe durch den Tod im Fall von Lebensnachstellungen durch den Ehebrecher. Im Scheidungsurtheil wegen Ehebruchs wurde nach Vorschrift des Landrechtes dem ehebrechenden Gatten jede Verheirathung ohne gerichtliche Erlaubniß untersagt, damit das Gericht, wenn es um dieselbe angegangen wurde, eine etwa gleichwohl beabsichtigte Ehe der Ehebrecher abweisen konnte.[26] Das Reichsgesetz verbietet die Ehe zwischen dem wegen Ehebruchs Geschiedenen und seinem Mitschuldigen.[27] Ist also die frühere Ehe durch den Tod getrennt, so tritt dies Ehehinderniß nicht ein. Auch muß, wenn Scheidung wegen Ehebruchs geschah, die Person des Mitschuldigen im Urtheil bezeichnet sein.[28] Dem Standesbe-

anzustellen. Diese Ansicht entspricht allgemeinen Grundsätzen nicht und ist aus den Gesetzen nicht zu begründen.

23) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 34, L. R. II, 1 § 16. Die Auflösung kann durch Tod, rechtskräftige Todeserklärung und Scheidungsurtheil erfolgen. Ueber die Strafe der Bigamie siehe Strafgesetzbuch § 171. Sie setzt dolus voraus, der Glaube des Todes des Ehegatten schließt sie aus, auch wenn es zu einer Todeserklärung nicht gekommen ist. R. G. in Strafsachen Bd. 4 S. 38.

24) L. R. II, 1 §§ 936, 942 ff. Nach kanonischem und gemeinem Recht ist die zweite Ehe rechtsbeständig, wenn die frühere nichtig war, selbst wenn dieselbe erst nach Abschließung der zweiten Ehe als nichtig erklärt wurde. Nach preußischem Recht ist bestritten, ob eine derartige Ehe in Gemäßheit des § 936 des Titel nichtig ist, wie dies Koch zu L. R. II, 1 § 942 annimmt, oder ob man — im § 936 eine rechtsgültige frühere Ehe voraussetzend — nur ein einfaches Ehehinderniß unterstellt. Die letztere Ansicht vertheidigt Hinschius bei Koch Kommentar Bd. 3 S. 70.

25) Nach römischem Rechte war der verurtheilten Ehebrecherin die Ehe verboten l. 29 § 1 D. ad legem Juliam de adulteriis 48, 5, die Ehe zwischen dem verurtheilten Ehebrecher und der Ehebrecherin schlechthin nichtig, l. 13 D. de his quae ut indignis 34, 9, nov. 134 cap. 12. Ueber kanonisches Recht siehe cap. 1 X. de conversione infidelium 3, 33. Glück Bd. 24 S. 1 ff. Richter Kirchenrecht § 278. Schulte Handbuch des kath. Eherechts S. 307 ff. Vgl. auch Projekt des c. j. Frid. pars I lib. 2 tit. III. art. 1 § 34 unter VIII und a. a. O.

26) L. R. II, 1 § 25 ff. § 736. Vgl. unten Anm. 29.

27) Ueber Ehescheidung nach L. R. II, 1 § 673 vgl. unten § 18 Anm. 12.

28) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 33 Ziff. 5. Wenn auf Ehescheidung wegen Ehebruchs und wegen eines andern Grundes geklagt ist und der Richter die Ehe

amten liegt es ob, sich aus dem Urtheil zu vergewissern, ob die Voraussetzungen des Ehehindernisses vorliegen.[29] Dispensation ist zulässig.[30]

Trotz des Ehehindernisses geschlossene Ehen sind **nichtig**.[31]

§ 16. Die Ehehindernisse. b) Einfache.

Einfache Ehehindernisse, welche dem Eheschluß entgegenstehen, ohne die gleichwohl geschlossene Ehe ungültig oder nichtig zu machen, sind folgende:

1. **Frauen dürfen erst nach Ablauf des 10. Monats seit Beendigung der früheren Ehe** eine neue Ehe schließen.[1] Der Grund liegt in der Möglichkeit ihrer Schwangerschaft zur Zeit der Ehetrennung und dem Bestreben, die solchen Falles möglicherweise durch die zweite Ehe eintretende Ungewißheit der Vaterschaft zu verhindern. Deshalb ließ das Landrecht[2] dies Hinderniß wegfallen, sowie die schwangere Frau nach Auflösung ihrer Ehe ein Kind gebar, und außerdem wenn die Ehe in Folge böslicher Ver-

---

wegen des letztern getrennt hat, auch den Beklagten für den schuldigen Theil erklärte, so kann Kläger nicht verlangen, daß der Ehebruch festgestellt und daß die Ehe aus diesem Grunde geschieden werde. Striethorst Archiv Bd. 82 S. 69. Er hat hierbei kein privates Interesse.

29) Nach L. R. II, 1 § 736 ff. soll das Ehegericht im Fall einer Scheidung wegen Ehebruchs, welche die Verheirathung des geschiedenen Ehebrechers mit seinem Mitschuldigen gesetzlich unzulässig macht, **Wiederverheirathung des Geschiedenen überhaupt** im Scheidungsurtheil durch besonderen Vorbehalt an **seine besondere Erlaubniß knüpfen**, so daß es aber diese Erlaubniß schlechthin zu ertheilen hat, wenn aus den Scheidungsakten nicht erhellt, daß es sich um eine Heirath des Geschiedenen mit jenem Ehebrecher handelt. Das O. Trib. Entsch. Bd. 75 S. 152 und das R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 496 wollten diesen Vorbehalt auch nach dem Inkrafttreten des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 in das Scheidungsurtheil aufgenommen wissen. Denn es sei nur Zweck dieser Bestimmung, dem Ehegericht die Entscheidung darüber vorzubehalten, ob die Voraussetzungen des gesetzlichen Ehehindernisses vorhanden seien oder nicht, ein selbständiges Ehehinderniß werde durch sie nicht geschaffen. Der Justizminister hat dagegen jenen Vorbehalt für unzulässig erklärt, vgl. Stölzel bei Gruchot Bd. 21 S. 321. Dies mit Recht, denn die dem Geschiedenen auferlegte Verpflichtung, in allen Fällen seiner Wiederheirath das Gericht anzugehen, begründete ein Hinderniß der Eheschließung, von welchem das Reichsgesetz nichts weiß, und dies ist nach § 39 desselben — oben § 13 Anm. 4 — unzulässig, wenn es auch richtig ist, daß das Hinderniß, soweit das Reichsgesetz nicht entgegensteht, auf Antrag des Betheiligten durch den Scheidungsrichter wieder zu entfernen ist. Ob ein Ehehinderniß wegen Ehebruchs vorliegt, darüber hat nach dem Reichsgesetz der Standesbeamte zu entscheiden, da das Gesetz eine Zwischeninstanz nicht kennt, an deren Bescheid es ihn bindet. Das R. G. Bd. 30 S. 3 **hat sich dem gefügt**.

30) Reichsgesetz § 33 a. E. Sie erfolgt in Preußen durch den Justizminister. Verordnung vom 24. Februar 1875, Justizministerialreskript vom 2. März 1875.

31) L. R. II, 1 § 937. Der Staatsanwalt ist zur Nichtigkeitsklage befugt. Striethorst Archiv Bd. 44 S. 244, oben § 8 Ziff. 2.

1) Reichsgesetz § 35. Man wird auch hier den wiederkehrenden Monatstag als entscheidend anzusehen haben, da diese Berechnung bei Reichsgesetzen die regelmäßige ist. Vgl. oben Bd. 1 § 69. Das Ehehinderniß ist ein einfaches, L. R. II, 1 §§ 1006, 1007. Das römische Recht setzte bekanntlich Strafen — Infamie u. s. f. — auf die Verletzung des s. g. Trauerjahres. l. 1. l. 11 § 1 und § 3 D. de his qui not. infam. 3, 2. nov. 22. cap. 22. Dagegen cap. 5 X. de secundis nuptiis 4, 21.

2) L. R. II, 1 § 20 bestimmte außerdem die Wartezeit auf **neun** Monate.

lassung getrennt war.[3] Diese Ausnahmen sind aber in das Reichsgesetz nicht übernommen.[4]

Es ist daher auch in solchen Fällen Dispensation erfordert, die allgemein zulässig ist.[5]

2. Die Eheschließung eines **Mündels** mit seinem **Vormund** oder **mit dessen Kindern** — d. h. hier Abkömmlingen überhaupt — ist während der Dauer der Vormundschaft unzulässig.[6][7] Dispensation ist nicht vorgesehen.[8][9] Ist eine Ehe gegen das Verbot eingegangen, so treten vom Gesetz vorgesehene Vermögensnachtheile für den Ehemann ein.[10]

3. **Militärpersonen des Friedensstandes** haben zu ihrer Verheirathung die Genehmigung ihrer Vorgesetzten einzuholen.[11] Reichs- und Landesbeamte[12][13] bedürfen der Genehmigung ihrer Vorgesetzten nicht.

---

3) L. R. II, 1 §§ 19, 21.

4) Vgl. oben § 13 Anm. 3.

5) Reichsgesetz § 35, oben § 13 Anm. 3 a. E. Die Dispensation von der Wartezeit ist nach dem Erlaß vom 7. September 1879 im ganzen Umfang der Monarchie den Amtsgerichten übertragen.

6) Reichsgesetz § 37. L. R. II, 1 § 14. Das Eheverbot stammt aus dem römischen Recht, l. 36. l. 62 § 2. l. 66 pr. D. de ritu nuptiarum 23, 2. Nach L. R. II, 1 §§ 968, 977 ff. war die Ehe ungültig, konnte also angefochten werden. Das Reichsgesetz hat im § 37 Abs. 2 die Anfechtbarkeit beseitigt.

7) Auf den Gegenvormund ist das Verbot nicht zu beziehen, ebensowenig auf denjenigen Pfleger, welcher keine fortlaufende Vermögensverwaltung hat. L. R. II, 1 § 15.

8) Nach L. R. II, 1 § 14 konnte die Ehe nach Genehmigung des Vormundschaftsgerichts geschlossen werden. Dies ist nicht mehr Rechtens. Der Vormund, welcher die Ehe durchsetzen will, hat also nach § 63 der V. O. vom 5. Juli 1875 seine Entlassung zu beantragen; es ist zulässig, ihn nach dem Eheschluß wieder zum Vormund zu ernennen.

9) Reichsgesetz § 37 Abs. 2. Beseitigt sind L. R. II, 1 §§ 968, 978, 979, 984, wonach ein neu zu bestellender Vormund unter Genehmigung des Gerichts, sowie auch der Mündel innerhalb sechs Monaten nach erreichter Volljährigkeit zur Anfechtung der Ehe legitimirt waren. L. R. II, 1 § 977 ist durch V. O. § 63 ersetzt.

10) L. R. II, 1 § 980 ff. Die Nachtheile sind folgende: der Ehemann erhält Verwaltung und Nießbrauch am Frauengut nicht, er hat nur Anspruch auf standesmäßigen Unterhalt der Frau aus ihren Einkünften bis zu ihrer Volljährigkeit nach Ermessen des Vormundschaftsgerichts. Nach der Volljährigkeit hängt es von der Bestimmung der Frau ab, ob und wieweit sie von ihrem Vermögen dem Ehemann einbringen will. Zuwendungen der Frau an den Mann während ihrer Minderjährigkeit sind ungültig, vgl. Stölzel Ztschrft. für Kirchenrecht Bd. 17 S. 96.

11) Reichsgesetz vom 6 Februar 1875 § 38. Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 40, § 60 Ziff. 4, § 61. Das Reichsmilitärstrafgesetz vom 20. Juni 1872 § 150 bestimmt: wer ohne die erforderliche dienstliche Genehmigung sich verheirathet, wird mit Festungsstrafe bis zu drei Monaten bestraft, zugleich kann auch auf Dienstentlassung erkannt werden; auf die Rechtsgültigkeit der geschlossenen Ehe ist der Mangel der dienstlichen Einwilligung ohne Einfluß. Vgl. Gesetz vom 3. April 1871 betr. die Eheschließung von Militärpersonen. Nach L. R. waren derartige Ehen nichtig, L. R. II, 1 § 938. Die Kinder hatten die Stellung von Kindern aus Ehen zur linken Hand, L. R. II, 2 § 56.

12) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 38, Verfügung des Ministers des Innern vom 19. April 1875, Ministerialblatt S. 117, auch Wohlers Reichsgesetz vom 6. Febr. 1875 S. 60.

4. Sind aus einer vorhergehenden Ehe Kinder vorhanden, welche wegen minderjährigen Alters oder sonst sich selbst nicht vorstehen können, so muß deren gesetzliche Abfindung nachgewiesen oder ein Erlaubnißschein des Vormundschaftsgerichts vor der Eheschließung beigebracht werden.[14] Auch dies Erforderniß ist nur aufschiebend.[15] Der Vater aber, welcher die Bestimmung nicht beachtet, verliert Nießbrauch und Verwaltung des Vermögens seiner Kinder.[16] Sind die Kinder minderjährig, so muß das Vormundschaftsgericht deren Auseinandersetzung mit ihren Eltern betreiben.[17] Versäumt der zur neuen Ehe Schreitende die Auseinandersetzung, so erhält dessen neuer Ehegatte kein Anrecht an dessen Vermögen zum Nachtheil der Kinder der früheren Ehe, solange ihnen ihr Vermögen nicht ausgeantwortet oder sichergestellt ist.[18] Der neue Ehegatte haftet außerdem für etwaigen Schaden der Kinder früherer Ehe, wie ein Bürge.[19]

Unberührt sind die Vorschriften, welche die Ehen der Ausländer von einer Erlaubniß abhängig machen.[20] Andere Hindernisse bestehen nicht mehr,[21] insbesondere sind auch Zeugungsunfähige und Kastraten ehefähig;[22] Religionsverschiedenheit ist kein Ehehinderniß mehr,[23] ebensowenig Entführung.[24]

Viertes Kapitel.

Auflösung der Ehe.

§ 17. Die Auflösungsgründe.

1. Die Trennung der Ehe erfolgt normalerweise durch den Tod eines der Ehegatten.

---

13) Anhang § 70 zu L. R. II, 1 § 146, Kabinetsordre vom 17. Juli 1816, 9. Juli 1839 verlangten den Ehekonsens nur bei den zur Wittwenkasse Receptionspflichtigen. Diese Verpflichtung ist durch Gesetz vom 20. Mai 1882 aufgehoben.

14) L. R. II, 1 § 18. In Kraft erhalten durch Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 38. Die Vorschrift bezieht sich auch auf geschiedene Ehen.

15) L. R. II, 1 § 1001.

16) L. R. II, 1 § 1002.

17) L. R. II, 1 § 1003.

18) L. R. II, 1 § 1004. Entsch. des O. Trib. B. 41 S. 190.

19) So ist L. R. II, 1 § 1005 zu interpretiren.

20) Ueber Ausländer vgl. R. Ges. § 38 und Preuß. Gesetz vom 13. März 1854. Als Ausländer gelten im Sinn dieses Reichsgesetzes Nichtangehörige des Deutschen Reichs und Bayern.

21) Reichsgesetz § 39.

22) Anders das kanonische Recht nach Schulte a. a. O. S. 81 ff.

23) Anders theilweise L. R. II, 1 § 36. Vgl. auch Schulte kath. Eherecht S. 221, Ehen zwischen Getauften und Nichtgetauften gelten hiernach für nichtig, Ehen zwischen Katholiken und Nichtkatholiken für gültig, aber ohne Dispens für nicht erlaubt.

24) Ueber gemeines Recht l. 54 C. de episcopis 1, 3. l. un. C. de raptu virg. 9, 13. conc. Trid. sess. 24 cap. 6.

Gerichtliche Todeserklärung wurde nach kanonischem Recht nicht als Grund der Aufhebung der Ehe angesehen, und vielfach wird als gemeinrechtlicher Satz vertheidigt, daß sie nur die vermögensrechtlichen, nicht die persönlichen Verhältnisse des Verschollenen betreffe.[1] Nach preußischem Recht gilt aber der verschollene Ehegatte mit der Rechtskraft der gerichtlichen Todeserklärung auch bezüglich seiner persönlichen Verhältnisse als todt. Der andre Theil ist daher befugt, eine neue Ehe zu schließen; dieselbe bleibt rechtsbeständig, wenn der verschollene frühere Gatte wieder zum Vorschein kommt.[2] Geschah eine derartige anderweite Verheirathung nicht, so wird die Ehe als fortdauernd angesehen, wenn der für todt Erklärte zurückkehrt.[3]

2. Abgesehen vom Tode eines Ehegatten kann eine gültige Ehe nur durch richterliches Scheidungsurtheil gelöst werden.

Das katholische Kirchenrecht kannte als Ersatz der ihm fehlenden Scheidung die beständige Trennung der Ehegatten von Tisch und Bett durch den Ehrichter unter Festhaltung des Ehebandes. Dem protestantischen Kirchenrecht ist dies Institut fremd.[4] Auch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 erkennt eine derartige Trennung nicht an.[5]

§ 18. Ehescheidung.

I. Nach römischem Rechte war die Ehe eine freie Verbindung, die Ehescheidung stand daher grundsätzlich Jedem der Ehegatten offen,[1] wenn auch der schuldige Theil mit Strafen belegt wurde.[2] Dagegen erklärte das kanonische Recht die vollzogene christliche Ehe ausnahmslos als dem Bande nach während der Lebenszeit der Ehegatten für unauflöslich;[3] es konnte

---

1) So Hinschius zum Reichsgesetz S. 119 Anm. 8; Sicherer Personenstand S. 218ff. Dagegen u. A. Stobbe deutsches Privatrecht Bd. 1 S. 233. Scheurl a. a. O. S. 270.

2) L. R. II, 1 § 666. vgl. oben Bd. 1 § 44. Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 91 Anm. 43 führt zahlreiche deutsche Landesgesetze mit gleicher Bestimmung an.

3) L. R. II, 1 § 667. Vgl. auch L. R. II, 18 § 847.

4) Vgl. L. R. II, 1 §§ 733, 734. Ueber den Fall einer Trennung im Ausland vgl. R. G. Bd. 9 S. 98, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 892, siehe auch R. G. Bd. 3 S. 27, Bd. 11 S. 29.

5) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 77. Es wird hier zugleich für Erkenntnisse über beständige Trennung eine Umwandlung in Scheidungserkenntnisse ermöglicht. Diese Umwandlung bezieht sich auch auf im Ausland ergangene Erkenntnisse, Stölzel Wiederverheirathung eines von Tisch und Bett getrennten Ehegatten. Anderer Meinung Holtzendorff Rechtsfall der Fürstin Bibesco, Bluntschli Deutsche Naturalisation einer separirten Französin. Sicherer Personenstand S. 477.

1) Vgl. l. 2 C. de inutilibus stipulationibus 8, 39, l. 14 C. de nuptiis 5, 4. Wächter über Ehescheidungen bei den Römern, Stuttgart 1822.

2) Nach älterem deutschen Recht war die Ehescheidung nur wegen Ehebruchs und gleichstehender grober Vergehen gestattet, Sohm Trauung und Verlobung 1876 S. 6 ff.

3) Concilium Tridentinum sess. 24 de sacramento matrimonii cap. 7. Die durch Beischlaf noch nicht vollzogene Ehe ist durch Ablegung eines Ordensgelübdes, wie

jedoch durch die vorgesetzte kirchliche Behörde wegen Ehebruchs und gleichgestellter Fleischesverbrechen auf beständige Trennung von Tisch und Bett, ohne Lösung des Ehebandes, erkannt werden.[4] Die protestantische Lehre ließ die Auflösbarkeit der Ehe, auch vom Bande, wegen Ehebruchs zu, desgleichen wegen böslicher Verlassung, und hat auch andere Scheidungsgründe, welche die Zerstörung des ehelichen Verhältnisses in gleicher Weise offenbaren,[5] zugelassen. An der Nothwendigkeit eines Erkenntnisses über die Ehetrennung hielt man fest.[6]

In der Aufklärungsepoche erweiterte man die Ehescheidungsgründe durch Praxis und landesherrliche Verordnungen in hohem Maße. Insbesondere geschah dies durch Friedrich den Großen. Schon das Projekt des corpus juris Fridericiani, welches in dieser Materie in einigen Provinzen Gesetzeskraft erhielt, vermehrte die Scheidungsgründe und gab der gegenseitigen Einwilligung als Scheidungsgrund einen breiten Raum; hierauf gestützt, schärfte das Cirkularreskript vom 27. September 1751 ein, daß Ehegatten, unter welchen inimicitiae capitales et notoriae herrschen, die Scheidung nicht schwer gemacht werden solle.[7] Bald sah man sich aber genöthigt, Anordnungen gegen die häufigen Ehescheidungen zu treffen. Namentlich geschah dies durch das Edikt vom 17. November 1782 gegen die Mißbräuche der überhandgenommenen Ehescheidungen.[8] Aus diesem Edikt sind die bezüglichen

---

durch päpstliche Dispensation lösbar. Ferner ist nach cap. 7 X de divortiis 4, 19 die unter Nichtchristen eingegangene Ehe auflösbar, wenn der eine Ehegatte Christ wird, und der andre das eheliche Zusammenleben mit ihm aufhebt.

4) Conc. Trid. sess. 24 cap. 8. Schulte katholisches Eherecht S. 431. Andere Verletzungen führen nur zu zeitweiliger Separation.

5) Die brandenburgische Visitations- und Konsistorialordnung von 1573 ließ Scheidung nur wegen Ehebruchs und böslicher Verlassung zu, c. c. M. I, 1 S. 330 ff. Wer sich ohne Ursache trennte, sollte mit Gefängniß bestraft, schließlich des Landes verwiesen werden. Indessen wurde später auch in andern Fällen durch landesherrliche Bestimmung geschieden, Verordnung vom 5. December 1676 c. c. M. I, 2 S. 87 — es galten im J. 1736 unter Anderem Lebensnachstellungen als Scheidungsgrund — c. c. M. I, 1 S. 563.

6) Ueber die Entwicklung des protestantischen Scheidungsrechts, insbesondere über die landesherrliche Scheidung siehe Stölzel, Zeitschrift für Kirchenrecht Bd. 18 S. 1 ff. Es ergiebt sich aus diesen Ausführungen, daß man zur Zeit der Reformation private Scheidung aus gerechtem Grund für zuläßig hielt, und daß erst allmählig obrigkeitliche Konstatirung des Grundes und endlich richterliche Ehescheidung nothwendig wurde; ferner daß sich im protestantischen Kirchenrecht das landesherrliche Scheidungsrecht als Dispensation von dem Ehebande ausbildete, welche in gemeinrechtlichen Landen, insbesondere auch Preußens, noch jetzt geübt wird und zu Recht besteht. Doch ist das Letztere bestritten.

7) Projekt des c. j. Frid. I, 2 tit. 3 art. 1 § 35 ff. — N. c. c. Th. 1 S. 157 vgl. S. 239.

8) N. c. c. Bd. 7 S. 1614, vgl. auch Reskript vom 25. November 1765 im N. c. c. Th. 3 S. 1103. Am bestimmtesten spricht sich der Standpunkt der Zeit in der Kabinetsordre von Friedrich II. vom 22. Mai 1783 aus — vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 5 S. 180 — „Daß man mit der Trennung der Ehe nicht so gar facil sein muß, daß davon

Bestimmungen des Landrechts entnommen, so jedoch, daß man dasselbe wieder in einigen Stücken milderte.[9]

II. Die Gründe, welche hiernach, und zwar als erschöpfende und ausschließliche, aufgestellt wurden, sind folgende:

1. Ehebruch, d. h. die mit ehebrecherischem Willen vollzogene Geschlechtsverbindung eines der Ehegatten, sei es des Mannes oder der Frau, mit einem Dritten.[10][11] Als Ehebruch gilt schon solcher unerlaubter Umgang, welcher den dringenden Verdacht des Ehebruchs begründet.[12] Ein fortgesetztes Verhältniß ist hierzu nicht erfordert.

Dem Ehebruch gleich geachtet werden Sodomiterei und unnatürliche Laster ähnlicher Art.[13]

Im Falle des Verdachts des Ehebruchs kann dem Ehegatten auf Antrag seines Gatten fernerer Umgang mit der verdächtigen Person durch das Amtsgericht des Ehewohnsitzes untersagt werden. Falls der Umgang gleichwohl fortgesetzt wird, erwächst ein Ehescheidungsgrund.[14]

2. Die ältere Ansicht erachtete nur das Davonlaufen an einen unbekannten oder dem Richter unerreichbaren Ort als bösliches Verlassen,

---

ein Mißbrauch entsteht, wie man auf der andern Seite auch nicht gar zu difficil sein muß, sonsten hindert das die Population."

9) L. R. II, 1 § 669 ff. Suarez Schlußvorträge S. 125. 156. 174. Peters die Ehescheidung 1881. Das landrechtliche Ehescheidungsrecht stellt sich dar als eine durch die Aufklärungsideen veranlaßte Fortbildung des älteren Ehescheidungsrechtes der evangelischen Kirche.

10) L. R. II, 1 § 670, vgl. R. G. Bd. 9 S. 189, siehe auch unten § 19 Anm. 15. Das römische Recht sah ein adulterium nur im Vergehen der Ehefrau, nicht aber im Fall der geschlechtlichen Verbindung des Ehemannes mit einer unverheiratheten Frau, nov. 117 cap. 9. Nach kanonischem und deutschem Recht liegt auch im letzteren Fall Ehebruch vor. Zurechnungsfähigkeit des Ehebrechers ist zum Ehebruch erfordert. Striethorst Archiv Bd. 52 S. 243.

11) Im Beischlaf bei hochgradiger die freie Willensbestimmung ausschließender Trunkenheit liegt kein Ehebruch. Bolze R. G. Bd. 3 S. 839. Irrthümliche Annahme, daß die Ehe getrennt sei, schließt den Ehebruch aus, Bolze Bd. 13 S. 530.

12) L. R. II, 1 § 673. Es schließt sich dieser Grund an das cap. 12 X de praesumtionibus an, wonach die Zeugen solum cum sola, nudum cum nuda in eodem lecto jacentem ea ut credebant intentione, ut eam cognosceret carnaliter, viderunt. Demgemäß ist der Gegenbeweis, daß es zu einer fleischlichen Vermischung nicht kam, geeignet, diesen Ehescheidungsgrund zu beseitigen. Der bloße von dem andern Theil zurückgewiesene erfolglose Versuch des Ehebruchs genügt nicht; es genügen nicht bloße Schamlosigkeiten des Ehegatten. R. G. in Straff. Bd. 14 S. 354. Nach dem Allen wird der § 673 durch das Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 14 nicht berührt, R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 108. Es ergiebt sich ferner, daß der § 673 einen besondern Ehescheidungsgrund nicht bildet, daß er vielmehr Ehebruch, darstellt auch im Sinn des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 § 33 Ziff. 5, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 496, Stölzel b. Gruchot Bd. 21 S. 335. Demgemäß muß es nach der Ueberzeugung des Richters zum Beischlaf gekommen sein R. G. in Straffachen S. 354 a. a. O. und bei Gruchot Bd. 36 S. 1053. Dies Alles gilt auch bezüglich R. C. P. O. § 580 Abs. 3, oben § 9 bei Anm. 18.

13) L. R. II, 1 § 672.

14) L. R. II, 1 § 674 ff. Ehebruch ist hier nicht der Scheidungsgrund, siehe auch Stölzel bei Gruchot Bd. 21 S. 338. Das s. g. Verkehrsuntersagungsmandat wird im

da man in anderen Fällen unmittelbaren Zwang zur Fortsetzung der Ehe anwendete. Nach Landrecht gilt als bösliche Verlassung[15] jede absichtliche und widerrechtliche Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft, mag sich der Ehegatte an einen andern Ort begeben oder an dem Orte des Ehesitzes verbleiben.

Bösliche Verlassung ist also nicht vorhanden, falls die Trennung eine gerechtfertigte ist, auch wenn ein Ehescheidungsgrund nicht vorliegt, z. B. wenn die Frau wegen unzureichender Wohnung, Versagung der Führung des Haushaltes oder Mißhandlung durch die Schwiegermutter ihrem Manne entflieht.

Da die Frau verpflichtet ist, ihrem Manne zu folgen, so fällt ihr bösliche Verlassung auch zur Last, wenn sie sich ohne hinlängliche Gründe weigert, von ihrem bisherigen Aufenthalte wegzuziehen, obgleich der Mann seinen Wohnsitz oder Aufenthalt verlegt.[16] Ein Grund, welcher solche Weigerung rechtfertigt, kann z. B. sein, daß der Mann in fremde Lande, in das Ungewisse, hinaus zieht.[17] Die Frau ist auch nicht zu folgen schul-

---

Sinn des Einführungsgesetzes zur R. C. P. O. § 16 Ziff. 6 zu den Besserungsbefehlen zu rechnen sein. R. G. Bd. 29 S. 170. Ueber die Zuständigkeit der Gerichte siehe das unten Anm. 21 Bemerkte.

15) L. R. II, 1 § 677. Eine bösliche Verlassung kann daher selbst stattfinden, wenn beide Ehegatten zwar in demselben Hause wohnen, jedoch der eine Ehegatte dem andern die eheliche Gemeinschaft weigert. Präj. des O. Trib. n. 942. Vgl. ferner R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 426, Bd. 34 S. 729.

16) L. R. II, 1 § 679 spricht aus, die Frau sei verbunden, dem Manne zu folgen, wenn er einen neuen „Wohnort" wähle. Man streitet, ob hiernach die Frau dem Manne an jeden einstweiligen Aufenthaltsort folgen muß oder nur dahin, wo er seinen dauernden Wohnsitz nimmt. Die Frage ist weder absolut zu bejahen, noch zu verneinen, sie ist vielmehr im konkreten Fall aus dem Begriff der böslichen Verlassung zu entscheiden. Hiernach wird die Frau nicht angehalten werden können, mit dem Manne vagabundirend umherzuziehen; wenn ihn aber Beruf oder sonst gerechtfertigte Zwecke veranlassen, einen zeitweiligen Aufenthalt zu nehmen, selbst den Aufenthalt öfter zu wechseln, und er der Frau ein entsprechendes Heim anbietet, so kann sie sich nicht entbrechen ihm zu folgen. Ich denke dabei z. B. an einen Techniker, welcher eine Eisenbahn erbaut und nach Vollendung jeder einzelnen Strecke den Wohnsitz ändert. Mit einem Handlungsreisenden — Eccius Bd. 4 § 212 Anm. 9 — wird allerdings dessen Frau nicht herumreisen müssen. Anders zum Theil Koch zu § 679 und Andere. Die Kosten der Nachfolge hat der Mann zu tragen. Besitzt aber die Frau eigne Mittel, so hört deswegen allein die Verlassung nicht auf, böswillig zu sein, weil ihr der Mann das Reisegeld nicht gewährt hat. — Die Frau ist nicht verpflichtet, sich auf Geheiß des Mannes in eine Wohnung zu begeben, welche der Mann nicht regelmäßig bewohnt, während er seinen dauernden Wohnsitz an einem andern Orte nimmt.

17) Ein Problem ist, ob die Frau dem Manne auch in fremde Lande z. B. nach, Amerika, Innerasien, zu folgen verpflichtet ist. Das O. Trib. hat Entsch. Bd. 44 S. 225 die Frau für gehalten erklärt, ihrem Manne nach Amerika zu folgen, so auch Eccius Bd. 4 § 212 Anm. 10 für die Regel; Koch dagegen, Kommentar zu § 681, nimmt an, die Frau sei nicht verbunden, sich den Lebensgefahren auszusetzen, die mit einer Auswanderung verbunden seien, ein solches Unternehmen sei wider die Abrede. Auch diese Frage kann nur im konkreten Fall beurtheilt werden, er ergiebt, ob das Nichtfolgen „böslich" oder durch die Umstände entschuldigt ist. — Ueber andere Gründe vgl. R. G. Bd. 23 S. 162, siehe auch R. G. Bd. 20 S. 208.

dig, wenn sich der Mann wegen begangener Verbrechen, oder wider die Gesetze, insbesondere über die Wehrpflicht, in das Ausland — derzeit außer Deutschland — entfernt,[18] ebensowenig, wenn ihr durch einen, vor der Ehe geschlossenen Vertrag erlassen ist, mit dem Manne bei Verlegung des Wohnsitzes wegzuziehen.[19]

Bösliche Verlassung der Frau durch ihren Mann liegt nicht bloß dann vor, wenn er sich dauernd entfernt, sondern auch, wenn er sich grundloserweise beharrlich d. h. hier mit kaltem Entschlusse weigert, sie in seine Wohnstätte aufzunehmen.[20]

Die bösliche Verlassung wird Scheidungsgrund erst, nachdem dem Abtrünnigen Seitens des verlassenen Ehegatten ein auf dessen Antrag ergangener richterlicher Rückkehr- nach Umständen Aufnahmebefehl zugestellt wurde, welchem ungerechtfertigter Weise binnen der in ihm festgesetzten Frist nicht gefolgt ist.[21] Die Nichtbefolgung des Befehls allein genügt nicht zur Ehescheidung, vielmehr muß erhellen, daß der Antragsteller die Fortsetzung der Ehe will und der andere Theil sich widerrechtlich von ihm trennt; die Verlassung ist daher nicht böslich, wenn er dem Befehl aus gegründeter Ursache keine Folge leistet, z. B. wegen gerechtfertigter Furcht vor Mißhandlungen des Ehemannes.

---

18) L. R. II, 1 § 681. Es giebt ihr dies aber allein keinen Ehescheidungsgrund Entsch. des O. Trib. Bd. 73 S. 155. Striethorst Archiv Bd. 92 S. 334.

19) Siehe oben § 5 Anm. 4. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 63 S. 57.

20) Der Mann ist eine Frau, welche sich eigenmächtig und ohne rechtmäßigen Grund von ihm getrennt hat, wenn sie in der Folge zurückkehrt, nach L. R. II, 1 § 687 nicht eher anzunehmen schuldig, als bis sie auf sein Verlangen ihren inzwischen geführten unbescholtenen Wandel glaubhaft nachgewiesen hat. Welchen Ausgang die Sache zu nehmen habe, wenn die Frau den Nachweis nicht führt, war bestritten. Die eine Ansicht ging dahin, daß der Mann zwar das Recht erlange, auf Ehescheidung zu klagen, daß er aber, wenn er dies nicht thue, die Ehe auch thatsächlich fortsetzen müsse, so daß die Frau in Folge der Nichtaufnahme ihrerseits einen Ehescheidungsgrund erhalte. Simon Rechtssprüche Bd. 4 S. 349. Durch Plenarbeschluß vom 5. Mai 1851 Entsch. Bd. 21 S. 1 nahm das O. Trib. aber an, daß der Ehemann von der Scheidungsklage absehen dürfe und dennoch die Ehefrau nicht aufnehmen müsse, daß also ein erlaubtes thatsächliches Getrenntsein der Ehegatten, jedoch nur so lange der Mann dies verlangt, stattfindet. Der Mann ist in solchen Fällen gehalten, der Frau den Unterhalt zu gewähren, Entsch. des O. Trib. Bd. 51 S. 228. R. G. bei Gruchot Bd. 27 S. 861.

21) L. R. II, 1 § 680 ff. Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 16 Ziff. 6, Ziff. 8. Preuß. Ausführungsgesetz zur R. C. P. O. vom 24. März 1879 § 5 Abs. 5. R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 953. Der Befehl ist vom Amtsgericht zu erlassen; ist eine Ehesache — außer der Nichtigkeitsklage — bereits anhängig, vom Prozeßgericht. Vgl. hierüber R. G. Bd. 29 S. 170. Die Feststellung einer bestimmten Frist versteht sich, sonst gilt eine entsprechende Frist. Nach § 61 ff. der Verordnung vom 28. Juni 1844 mußte dem Rückkehrmandat, wenn der beklagte Theil erreichbar war, der Versuch des Gerichts beziehungsweise des Geistlichen vorausgehen, die Herstellung des ehelichen Lebens in mündlicher Verhandlung zu bewirken. Dies ist in Folge der R. C. P. O. weggefallen. Der Sühneversuch des § 571 der R. C. P. O. folgt dem Rückkehrbefehl nach. Bezweckte die Nachsuchung des richterlichen Befehls nachgewiesener Maßen lediglich Verschaffung eines Scheidungsgrundes, so ist die Scheidungsklage abzuweisen. R. G. Bd. 29 S. 120.

Rückkehr auf kurze Zeit, ohne daß der Zurückkehrende die Absicht hegt, das eheliche Leben dauernd fortzusetzen, ist kein Gehorsam gegen den Befehl.[22]

Kehrt der Ehegatte erst nach Ablauf der Frist des Rückkehrbefehls zurück, aber mit der ernsten Absicht der Fortsetzung der Ehe, so darf ihn der andere Theil nicht zurückweisen;[23] nimmt er ihn auf, so ist jedenfalls der Scheidungsgrund erledigt.

Ist der Aufenthalt des einen Ehegatten unbekannt oder an einem Orte, wo ihm keine richterliche Verfügung zugestellt werden kann, so ist die Scheidungsklage nach erfolgloser öffentlicher gerichtlicher Vorladung zulässig. Diese kann bei dringendem Verdacht der Absicht böswilliger Verlassung nach Verfluß eines Jahres seit der Entfernung des Abtrünnigen, wenn die Absicht seiner Entfernung nicht ermittelbar ist, nach 2 Jahren stattfinden. Unstatthaft ist die Scheidungsklage, wenn die Entfernung ersichtlich andere, insbesondre erlaubte Zwecke verfolgte.[24]

3. Entschied sich auch der protestantische Gerichtsgebrauch dafür, den beiden genannten Ehescheidungsgründen andere Fälle gleichzustellen, in welchen in ähnlicher Art die eheliche Treue schwer verletzt und der Zweck der Ehe vereitelt war, so war doch streitig, wie weit hierin zu gehen sei.[25] Die landrechtliche Gesetzgebung hat ein laxes System befolgt, in welchem namentlich die Vereitelung des primären Zweckes, den sie der Ehe zuschrieb, mitspielt. Scheidungsgründe sind demnach ferner:

a) Halsstarrige und fortdauernde Versagung der ehelichen Pflicht;[26]

---

22) Vgl. Bornemann Bd. 5 S. 191. Bolze Bd. 12 N. 520. Anders O. Trib. Entsch. Bd. 6 S. 320. Entsprechendes gilt von einer Aufnahme beim Aufnahmebefehl.

23) Bolze R. G. Bd. 14 N. 509. Anders unsere früheren Auflagen vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 495, R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 953, oben Anm. 21 a. E.

24) L. R. II, 1 § 688 ff. R. C. P. O. §§ 186 ff. 573. Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 16 Ziff. 7. Der Verlassene stellt die Ehescheidungsklage unter Ladung des Beklagten mit dem Antrage an, die öffentliche Zustellung zu bewirken. Anhang § 80 zu L. R. II, 1 § 690 ist antiquirt.

25) Das R. G. Bd. 7 S. 154 verneint, daß nach gemeinem protestantischem Kirchenrecht unverschuldeter Wahnsinn eines Ehegatten für den andern einen Ehescheidungsgrund abgiebt. Scheidung aus landesherrlicher Machtvollkommenheit bleibt daneben gestattet, vgl. oben Anm. 6.

26) L. R. II, 1 § 694. Es gehört hierher auch § 695. Die bloße Nichtleistung der ehelichen Pflicht ist kein Scheidungsgrund, Präjudiz des O. Trib. n. 156; es bedarf der Halsstarrigkeit. Eine ausdrückliche Aufforderung ist aber nicht Bedingung nach Präj. des O. Trib. n. 2345, während Bornemann Bd. 5 S. 195 eine derartige Aufforderung verlangte; keinenfalls ist vorgängiger gerichtlicher Befehl nothwendig. Präj. n. 1465. Als ungehörige Dauer der Versagung wird von Manchen ein Jahr angesehen, während Andere die Beurtheilung mit mehr Grund dem richterlichen Ermessen anheimstellen. Es ist stets erforderlich, daß nicht gute Gründe dem Versagenden zur Seite stehen, wohin hohes Alter doch wohl regelmäßig gehört, vgl. jedoch Striethorst Archiv Bd. 4 S. 208, jedenfalls begründete Furcht vor Ansteckung mit Geschlechtskrankheiten. Ein Vertrag über die Nichtleistung, sei er vor oder nach der Ehe geschlossen, hat keine recht=

b) Gänzliches und unheilbares Unvermögen zur Leistung der ehelichen Pflicht, und unheilbare körperliche Gebrechen, welche Ekel und Abscheu erregen oder die Erfüllung der Zwecke der Ehe gänzlich verhindern;[27]

c) Raserei und Wahnsinn, wenn sie über ein Jahr, ohne wahrscheinliche Hoffnung zur Besserung, fortdauern;[28]

d) Nachstellung nach dem Leben,[29] Thätlichkeiten, welche Leben oder Gesundheit des andern Theils in Gefahr setzen,[30] ferner grobe Kränkungen der Ehre oder der persönlichen Freiheit

---

liche Geltung, da er gegen den Zweck der Ehe ist. Die während des Prozesses abgegebene Erklärung des Versagenden, sich der Pflicht zu unterwerfen, erachtet für unerheblich O. Trib. Entsch. Bd. 18 S. 534. Dies erscheint unrichtig, die Versagung ist dann keine fortdauernde.

27) L. R. II, 1 §§ 696. 697. Es darf das Unvermögen dem Eheschließenden nicht bekannt gewesen sein. — L. R. II, 1 § 2. Es darf nicht in hohem Alter, also dem natürlichen und zu erwartenden Gang der Dinge liegen; es muß ein vorzeitiges sein. Präj. n. 935. Auf Schuld kommt es hier nicht an! Die Ehe ist zu gegenseitiger Unterstützung in Glück und Unglück geschlossen. Wer soll den Erkrankten pflegen, wenn nicht der Ehegatte! Suarez jedoch Jahrb. Bd. 52 S. 49 entschied sich für die Zulassung der Scheidung, „weil posita impotentia, der finis matrimonii primarius nicht erreicht werden könne, weil der gesunde Theil ad delinquendum gereizt werde und weil dem Staat der Beitrag dieses Letzteren zur Population verloren gehe." Der mit dem Gebrechen Behaftete kann für den schuldigen Theil erklärt werden, wenn er sich vorsätzlich in den Zustand setzte. L. R. II, 1 § 748, unten § 19 unter d. — Unreinlichkeit, welche Ekel und Abscheu erregt, soll nicht in Betracht kommen, vgl. angef. § 697.

28) L. R. II, 1 § 698. Blödsinn, d. h. eine Geisteskrankheit, welche den Kranken nicht gänzlich des Vernunftsgebrauchs beraubt, ist kein Ehescheidungsgrund, vgl. oben Bd. 1 § 75. R. G. Bd. 16 S. 235. Wird auch gewöhnlich der Scheidungsklage die Entmündigung des anderen Theils vorausgehen, R. G. a. a. O., so ist dies doch nichts Nothwendiges; dem nichtentmündigten Ehegatten ist zur Führung des Prozesses ein Pfleger vom Vormundschaftsgericht zu bestellen R. G. Bd. 30 S. 184. Es ist bestritten, ob das Jahr von Erhebung der Klage ab rückwärts zu rechnen ist, oder vom Gutachten der Sachverständigen, oder vom Erkenntniß ab. Letzteres ist das Richtige und Folgerechte, da der Richter nach dem Zustande zu dieser Zeit zu urtheilen hat. — Der Geisteskranke ist nicht etwa um deswillen als der schuldige Theil zu erachten, weil er eine Disposition, insbesondere erbliche, zur Geisteskrankheit hatte und dies beim Eheschluß verheimlichte, vgl. Striethorst Archiv Bd. 96 S. 66, wohl aber, wenn er die Krankheit durch eignes grobes Verschulden, z. B. übermäßiges Trinken, Opiumgenuß, veranlaßte.

29) L. R. II, 1 § 699. Trachten nach dem Leben des Ehegatten war auch nach älterem protestantischen Kirchenrecht Scheidungsgrund. Es genügt ein Versuch des Mords oder des Todtschlags im Sinne des § 43 des Strafgesetzbuchs; aber auch die nicht durch Handlungen geäußerte, ernstliche Absicht des schuldigen Theils reicht hin, so namentlich wenn sie durch Drohungen, sei es mit einem Mordinstrument, sei es auch ohne solches zu Tage trat. Auf diesen Fall von Drohungen bezieht sich L. R. II, 1 § 701 nicht, die Unterscheidung des Präjudizes des O. Trib. n. 1012 zwischen thätlichen und mündlichen Drohungen ist nicht haltbar.

30) L. R. II, 1 § 699. Die Thätlichkeiten, von denen hier die Rede ist, gehen nicht aus der Absicht den Ehegatten zu tödten hervor, müssen aber gleichwohl Leben oder Gesundheit bedrohen. Keine Entschuldigung ist, daß der zu solchen Thätlichkeiten Schreitende vom andern Theil „gereizt" war, wohl aber Nothwehr, R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 987. Die bloße Absicht von Thätlichkeiten dieser Art kommt nicht in Betracht. Dagegen ist nicht erforderlich, daß sie bleibende, nachtheilige Folgen hatten. Striethorst Archiv Bd. 96 S. 72, Bolze R. G. Bd. 5 R. 257, R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 955.

des andern Ehegatten.[31] Jedoch sollen Personen niedern Standes wegen bloß mündlicher Beleidigungen oder Drohungen, sowie geringerer Thätlichkeiten, nicht, und Personen andrer Stände nur, wenn sie ohne dringende Veranlassung, — d. h. ungereizt — muthwillig und wiederholt vorkamen, geschieden werden.[32] Unverträglichkeit und Zanksucht endlich werden Scheidungsursache, wenn sie zu einem solchen Grad der Bosheit steigen, daß dadurch des unschuldigen Theils Leben oder Gesundheit in Gefahr gebracht wird.[33]

e) Grobe Verbrechen und Vergehen, derentwegen ein Ehegatte harte und schmähliche Strafe erlitt, berechtigen den unschuldigen Theil, die Ehescheidung nachzusuchen;[34] ebenso dann, wenn sich der Ehegatte solcher Strafverurtheilung durch die Flucht entzog.[35]

Ein Ehescheidungsgrund liegt auch darin, daß ein Ehegatte den Andern solcher Verbrechen bei der zur Strafverfolgung zuständigen Behörde fälschlich, wider besseres Bewußtsein, beschuldigte[36] oder ihn durch vorsätzliche uner-

---

31) L. R. II, 1 § 700. Welche Kränkungen der Art grobe sind, hat das richterliche Ermessen zu bestimmen, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 989. Verleumdungen, welche die bürgerliche Existenz gefährden, gehören hierher, ebenso Realbeleidigungen; einfache Schimpfreden fallen unter die Bestimmung der §§ 701 und 702. Vgl. noch R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 957 — Bd. 37 S. 409.

32) L. R. II, 1 §§ 701, 702. Mündliche Beleidigungen oder Bedrohungen werden bei Leuten gemeinen Standes gewöhnlich nicht beachtet, sofern anzunehmen ist, daß sie bei ihrer Denk- und Handlungsweise die Fortsetzung einer leiblichen Ehe nicht unmöglich machen. Bei Personen höhern Standes bilden sie einen Scheidungsgrund, wenn sie ohne „dringende" d. h. entschuldigende Veranlassung „wiederholt", also bei verschiedenen Gelegenheiten, und „muthwillig", d. h. in der Absicht zu kränken und zu verletzen, geschehen sind. Es wird sich auch hier der Richter zu fragen haben, ob der Muthwille solcher Art war, daß ein weiteres eheliches Zusammenleben unthunlich ist. Vgl. Bolze R. G. Bd. 2 n. 1155 und R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 1056.

33) L. R. II, 1 § 703.

34) L. R. II, 1 § 704. Ob das Verbrechen oder Vergehen des Ehegatten ein grobes, die Strafe eine schmähliche sei, der Art, daß eine Ehescheidung darauf zu gründen ist, hat der Richter nach der Individualität des Falles, nach Umständen und Personen zu beurtheilen. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 989 und dort angef. Entscheidungen. Es macht keinen Unterschied, ob das Vergehen gegen Dritte oder gegen den Ehegatten gerichtet war; die Worte „gegen Andere" heißen nur so viel als „auch gegen Andere". Gruchot Bd. 18 S. 151. Hat der Richter im Ehescheidungsprozeß die Frage nochmals zu prüfen, ob das Strafurtheil richtig war? Im früheren Recht wurde dies verneint. Striethorst Archiv Bd. 82 S. 130. Wenn aber jetzt nach § 14 des Einführungsgesetzes zur Reichscivilprozeßordnung außer Kraft treten: „die Vorschriften über die bindende Kraft des strafgerichtlichen Urtheils für den Civilrichter", so muß dies auch hier zur Anwendung kommen. Anders R. G. Bd. 13 S. 196, bei Gruchot Bd. 31 S. 989. Kam. Ger. Bd. 9 S. 48. — Die Strafe „erleidet man" auch vor der Verbüßung. Eccius Bd. 4 § 212 und Hinschius bei Koch zum § 105. Das O. Trib. Striethorst Archiv Bd. 63 S. 285 und das R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 1028 fordern jedoch den wirklichen Antritt der Strafe. Das R. G. schließt weiter hieraus, daß „von einer Verzeihung der Beleidigung" nicht vor Antritt der Strafe die Rede sein könne. Dieser Ansicht ist auch Bornemann Bd. 5 S. 202, Peters a. a. O. S. 46. Vgl. überhaupt Kam. Ger. Bd. 9 S. 54 Anm.

35) So ist Anh. § 295 zu A. G. O. I, 40 § 64 auszulegen.

36) L. R. II, 1 § 705, Strafprozeßordnung § 156; vgl. einen gemeinrechtlichen Fall bei R. G. Bd. 5 S. 373.

laubte Handlungen in Gefahr bringt, Leben, Ehre, Amt oder Gewerbe zu verlieren.[37] Ferner ist Ergreifen eines schimpflichen Gewerbes ein Ehescheidungsgrund.[38]

f) Unordentliche Lebensart, d. h. Trunksucht, Verschwendung oder liederliche Wirthschaft, giebt dem unschuldigen Theile einen Ehescheidungsgrund, wenn der schuldige Theil trotz richterlichen Gebots der Besserung seine Ausschreitungen beharrlich fortsetzt.[39]

g) Nichtgewährung des Unterhalts Seitens des Ehemannes berechtigt die Frau zur Scheidung, wenn der Mann sich durch Verbrechen, d. h. auch schwere Vergehen im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs, Ausschweifungen, lüderliche Wirthschaft außer Stand setzte, sie zu ernähren,[40] oder wenn er ihr trotz zulänglicher Mittel und rechtskräftiger Verurtheilung den Unterhalt versagt.[41 42]

h) Endlich ist auch unüberwindliche Abneigung ein Ehescheidungsgrund, einmal bei gegenseitiger Einwilligung, falls die Ehe ganz kinderlos ist;[43] dann auch, abgesehen hiervon, auf einseitiges Begehren,

---

37) L. R. II, 1 § 706. Unter Verlust des Gewerbes wird auch verstanden, wenn die Ausübung des Gewerbes und dadurch die Mittel des Lebensunterhalts in Gefahr gesetzt werden. Präj. des O. Trib. n. 552. Der Vorsatz wird aber auf diesen Verlust gerichtet sein müssen.

38) L. R. II, § 707. Schimpfliches Gewerbe ist für Mann und Frau: Bordellwirthschaft, Hehlerei, Betreiben von Wuchergeschäften, nicht aber Abdeckerei.

39) L. R. II, 1 § 708 ff. Ueber den zur Erlassung des Befehls zuständigen Richter siehe Pr. Ausführungsgesetz zur R. C. P. O. v. 24. März 1879 § 6. Andere Mittel als Abmahnungen stehen dem Richter nicht zu Gebote. Zur Erwirkung des Befehls genügt einseitiger Vortrag unter Angabe der Beweismittel für die vorgebrachten Thatsachen. Ueber die Zustellung vgl. R. G. Bd. 29 S. 170. Wird später die Ehescheidung verlangt, so ist der Beweis zu erbringen für die Zeit vor und nach Erlassung des Befehls. Ob, wie Präj. des O. Trib. n. 522 behauptet, eine einmalige Wiederholung des Fehlers, nach empfangenem richterlichem Befehl, zur Scheidung genügt, z. B. einmaliges schweres Betrinken, ist Frage des konkreten Falles. Wie lange auf das richterliche Abmahnungsdekret zurückgegangen werden kann, ist ebenso nach den Umständen zu bemessen. Die Wirkung eines wegen Trunksucht erlassenen Befehls dauert an sich fort, auch wenn nachher eine Aussöhnung zu Stande kam. So den Verhältnissen entsprechend Präj. des O. Trib. n. 1417.

40) L. R. II, 1 § 711. Nicht darauf kann es aber ankommen, ob zur Zeit der Klageerhebung solcher Mangel eintrat, sondern, ob er zur Zeit des Urtheils besteht und für die Folgezeit zu befürchten ist. Anders Striethorst Archiv Bd. 13 S. 370. Bolze R. G. Bd. 8 n. 570, R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 691. Ein Hauptfall ist die aus Verbüßung einer Gefängnißstrafe entstehende zeitweilige Erwerbsunfähigkeit.

41) L. R. II, 1 § 712 ff. Vorgängiges Urtheil gegen den Mann zur Leistung der Alimente ist hier erfordert, aber richtiger Ansicht nach nicht Betreiben einer Zwangsvollstreckung. Es kann aber auch die Frau im Wege der Zwangsvollstreckung die Alimente beitreiben, sie ist nicht darauf verwiesen, die Ehescheidung zu begehren. Striethorst Archiv Bd. 27 S. 273. Die Frage gehört jedoch zu den bestrittenen. Vgl. übrigens über § 711 ff. R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 691.

42) Veränderung der Religion durch einen der Ehegatten ist kein Ehescheidungsgrund mehr, da die Religionsverschiedenheit nicht mehr, wie L. R. II, 1 § 715 es voraussetzte, ein Ehehinderniß bildet.

43) L. R. II, 1 § 716. Was unter „ganz" kinderlosen Ehen zu verstehen sei, ist nicht ganz unbestritten, und die Materialien sind nicht geeignet alle Zweifel zu zerstreuen,

wenn durch erhebliche Thatsachen ein derartiger heftiger, tief eingewurzelter Widerwille dargethan wird, daß zu einer Aussöhnung und zur Erreichung der Zwecke des Ehestandes keine Hoffnung bleibt. Der auf seinen Antrag wegen solchen Widerwillens geschiedene Ehegatte gilt aber stets als „schuldiger Theil".[44]

Bis zum Schluß der mündlichen Verhandlung, auf welche das Urtheil ergeht, können andre, als die in der Klage vorgebrachten Scheidungsgründe geltend gemacht werden.[45]

§ 19. Einzelpunkte bei der Ehescheidung.

Einige Fragen sind noch besonders zu besprechen.

1. Die Ehescheidungsgründe verlieren ihre Kraft durch ausdrückliche Verzeihung Seitens des verletzten Theiles, s. g. Remission.[1] Diese

---

vgl. Bornemann Bd. 5 S. 207 ff. Bestritten ist, ob, worauf der Wortlaut führt, Ehen gemeint sind, welche jederzeit kinderlos waren, oder ob, wie Präj. des O. Trib. n. 338 annimmt, auch solche, in welchen die Kinder sämmtlich verstarben, hierher gehören; das Letztere ist das praktische Recht. Die Ehe darf keinenfalls Hoffnung auf Kinder geben, worüber, insbesondere auch über die Dauer, welche die Ehe bereits gehabt haben muß, richterliches Ermessen zu entscheiden hat. Präj. n. 934. Bolze Bd. 2 n. 164. Die Einwilligung beider Theile muß eine selbständige sein, bloßes Nichtwidersprechen genügt nicht, auch muß die Einwilligung aus Abneigung geschehen, es darf, wie sich das Gesetz ausdrückt, weder Leichtsinn, noch Uebereilung, noch heimlicher Zwang zu besorgen sein. Vgl. noch R. G. Bd. 27 S. 371, siehe auch R. G. Bd. 20 S. 254.

44) L. R. II, 1 §§ 717. 718 a. 718 b. In § 717 wird vorgeschrieben, daß in der Regel wegen bloßer behaupteter Abneigung, wenn dieselbe nicht mit gesetzmäßigen Gründen unterstützt sei, keine Ehetrennung stattfinde. Doch, fährt § 718a fort, könne der Richter in besonderen Fällen, wo nach den Akten ein die Zwecke der Ehe vereitelnder eingewurzelter Widerwille vorhanden sei, die Ehe lösen, so daß aber nach § 718 b der Antragsteller dann stets für den schuldigen Theil erklärt und in die Ehescheidungsstrafen verurtheilt werden müsse. Es war hiernach behauptet worden — Präj. d. O. Trib. n. 239 —, daß unüberwindliche Abneigung ein selbständiger Ehescheidungsgrund nicht sei, daß die Klage stets auf einen der speciellen Ehescheidungsgründe gerichtet werden müsse und daß nur der Richter, wenn sie sich nicht vollständig bewahrheiteten, wohl aber solche Abneigung ergäben, die Ehe auf Grund derselben trennen könne. Der Plenarbeschluß des O. Trib. vom 16. December 1839, Entsch. Bd. 5 S. 175, und R. G. Bd. 15 S. 290 lassen jedoch eine selbständige Klage wegen Abneigung zu, da sich § 718a an das bekannte Reskript vom 22. Mai 1783 anschließt, vgl. oben Anm. 8. — Der § 718 b, wonach, wer auf diesen Grund hin die Scheidung erwirkt, schuldiger Theil ist, steht in unmittelbarem Zusammenhang mit § 718a. Es ist dem Richter nicht gestattet, von der Anwendung des einen abzusehen und den andern anzuwenden. R. G. Bd. 15 S. 290. Ausdrückliche Erklärung, sich den Folgen des § 718b zu unterwerfen, ist nicht erfordert. Plenarbeschluß des O. Trib. vom 17. Juni 1844, Präj. 1452. Etwaige, dem andern Theile zur Last fallende Scheidungsgründe, die aber verziehen sind, können an der Erklärung als schuldigen Theil nichts ändern; ebensowenig Gründe, die im Scheidungsprozeß nicht geltend gemacht wurden, Entsch. des O. Trib. Bd. 61 S. 166, vgl. ferner R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 704, R. G. Bd. 15 S. 288.

45) R. C. P. O. § 574 Abs. 1.

1) Nach L. R. II, 1 § 720 sollen „ausdrücklich" verziehene Beleidigungen nicht als Ehescheidungsursachen gerügt werden, dies ist auf alle schuldhaften Ehescheidungsgründe — nicht z. B. auf Wahnsinn — zu beziehen, auch auf den Fall der Verbüßung entehrender Strafen. Vgl. oben § 18 Anm. 34 am Schluß, Anm. 39 am Schluß. R. G.

Entsagung muß sich auf vergangene Thatsachen beziehen. Einen Freibrief für künftige Vergehen kann sie nicht geben. Sie muß dem schuldigen Theil gegenüber erklärt und ihm zugekommen sein, bedarf aber keiner Annahme. Auch während des Ehescheidungsprozesses kann sie geschehen.[2]

Die Hinzufügung des Vorbehalts, daß die Verzeihung unter Voraussetzung der Besserung erfolgt, ist als rechtsbeständig anzusehen, da dies der geschichtlichen Entwicklung und dem Wesen der Sache entspricht.[3]

Ausdrücklicher Verzeihung steht es gleich, wenn der beleidigte Ehegatte nach überzeugender Kenntniß von dem Ehescheidungsgrund die Ehe ein Jahr hindurch fortgesetzt hat.[4] Es bedarf zur Unterbrechung Schritte zur rechtlichen Trennung, also der Klage oder der Beantragung eines Sühneversuchs,[5] oder doch einer gerichtlichen Protestation; thatsächliche Trennung der Ehegatten wird auch hier nicht als Unterbrechung der Ehe angesehen.[6] Wenn aber das Zusammenleben unmöglich ist, z. B. wegen des Verbüßens einer Freiheitsstrafe des schuldigen Ehegatten, soll die Frist nicht laufen.[7] So lange die Zuwiderhandlungen dauern, erneut sich die Frist fortwährend.

Leistung der ehelichen Pflicht allein bildet nach preußischem Recht im Gegensatz zum gemeinen, noch keinen Verzicht auf die Scheidung.[8]

Verletzungen, die in Folge einer Remission nicht mehr als selbständige Scheidungsgründe vorgebracht werden können, sind gleichwohl bei der Frage,

---

nachtragen will, sofern dem Rechte Genüge geschieht, gehört nicht hierher. Die Verzeihung fordert volle Verfügungsfähigkeit. Ueber kanonisches und gemeines Recht s. c. 25 X. de jurejurando 2, 24; besondere Ansichten Gesterding Ausbeute Bd. 1 S. 374.

2) Nach R. C. P. O. § 243 kann die Klage bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zurückgenommen werden. Dies hindert die Wiederholung der Klage an sich nicht, oben Bd. 1 § 131 Anm. 9. Nach § 277 kann der Kläger bis zum Schluß der Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, also auf die Scheidung, verzichten, dann ist er abzuweisen. Und zwar ist das Gericht hierzu nach der Eigenart der Ehesachen vgl. § 581 der Reichscivilprozeßordnung auch ohne Antrag des Beklagten befugt. Die Vorschriften des § 53 der Verordnung vom 28. Juni 1844 bestehen also materiell im Wesentlichen fort. Anders Peters a. a. O. S. 24.

3) So Hinschius Preußische Anwaltszeitung 1866 S. 349, Peters a. a. O. S. 56. Dagegen Eccius Bd. 4 § 212 Anm. 59 und Entsch. des O. Trib. Bd. 54 S. 206. — Oben Bd. 1 § 84 z. E.

4) L. R. II, 1 § 721. Eine Verjährung liegt in dieser Frist nicht. R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1005. R. C. P. O. § 571 Abs. 2 ist daher unanwendbar. Sie läuft auch gegen Minderjährige.

5) Präjudiz des O. Trib. 2102. Entsch. Bd. 17 S. 510, R. G. Bd. 15 S. 292. Bleibt der Kläger in dem von ihm beantragten Sühnetermin aus, so ist die Frist nicht unterbrochen.

6) Präjudiz des O. Trib. 499. Vgl. oben § 13 Anm. 16.

7) Striethorst Archiv Bd. 81 S. 51.

8) L. R. II, 1 § 722. Ein offenbarer Mißgriff. Denn Kinder mit dem Ehegatten zu erzeugen und dennoch die Absicht der Scheidung festzuhalten, ist pflichtvergessenes Beginnen, was keine Anerkennung verdient. Die Remission ist übrigens anzunehmen, wenn andere unterstützende Momente hinzutreten, so daß das richterliche

wer der schuldige Theil ist, in Betracht zu ziehen, falls es aus andern Gründen zur Scheidung kommt.[9]

2. Gemeinrechtlich kann der auf Ehebruch gestützten Scheidungsklage die Einrede der s. g. Kompensation wegen Ehebruchs des Klägers entgegengestellt werden. Auch in andern Fällen der Untreue wird die Einrede zugelassen, daß sich der Kläger eines gleichen Vergehens schuldig gemacht hat.[10]

In solcher Allgemeinheit hat das preußische Recht Kompensation der Ehescheidungsgründe zwar nicht anerkannt. Die Scheidungsklage findet jedoch nicht statt, wenn Kläger die Vergehungen, auf welche die Klage gegründet ist, durch unsittliches Betragen selbst veranlaßte.[11]

Die Scheidung ist also ausgeschlossen, wenn der Verletzte selbst den andern Theil zum Vergehen verleitet hat, z. B. der Mann seine Frau aufforderte, behufs ihres Unterhalts Ehebruch zu treiben,[12] ebenso wenn man durch Unsittlichkeit die unmittelbare Veranlassung zum Vergehen des andern Theils gab, denselben z. B. durch grobe Verletzungen der Ehre zu gesundheitsgefährlichen Thätlichkeiten provocirte.[13][14]

Ferner kann der Ehemann einer von der Ehefrau wegen Ehebruchs oder gleichgestellter Vergehen angestellten Scheidungsklage den Einwand mit Erfolg entgegensetzen, daß diese selbst vorher die Ehe gebrochen habe.[15]

Ermessen zu entscheiden hat. Dies ergiebt § 722 selbst in den Worten: „Bloß aus Leistung." Der § 720, welcher ausdrückliche Verzeihung fordert, findet in dem aus diesen Worten folgenden arg. a contrario Ergänzung.

9) Entsch. des O. Trib. Bd. 61 S. 166, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1015.

10) Vgl. cap. 6, 7. X. de adulteriis 5, 16. Glück Bd. 26 S. 447.

11) L. R. II, 1 § 719, vgl. cap. 6, X. de eo qui cognovit consanguineam uxoris suae 4, 13. Vgl. Sonnenschmidt neue Erörterungen 1877 n. 3: „Die im voraus ertheilte Genehmigung des Ehebruchs." Der Grundsatz des § 719 ist auch anzuwenden, wenn beide Ehegatten Scheidung fordern. Präj. des O. Trib. 2053.

12) Es hat das O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 61 S. 281 erkannt, wenn der Mann, um einen Scheidungsgrund zu erlangen, seine Frau aufforderte, ihren Unterhalt durch geschlechtlichen Umgang mit andern Männern zu gewinnen, so dürfe die Frau darin doch keine Veranlassung finden, einem solchen Ansinnen zu folgen und die Ehe zu brechen. So richtig es ist, daß die Frau hierin keine Veranlassung zum Ehebruch finden sollte, so ist dies doch nicht entscheidend; es kommt nur darauf an, ob der Mann durch seine Unsittlichkeit die Veranlassung gab.

13) So Koch zu § 719. Anders Eccius Bd. 4 § 212.

14) Wenn der Ehemann, um seine Frau auf die Probe zu stellen, einen Dritten veranlaßt, die Frau zu verführen, und diese der Versuchung unterliegt, so kann sie hieraus eine Einrede nicht ableiten, da sie durch den Mann hier nicht zum Vergehen bestimmt wurde. Anders das Urtheil bei Gruchot Bd. 7 S. 246.

15) L. R. II, 1 § 670 giebt nur dem unschuldigen Ehegatten das Recht, auf Scheidung zu klagen, § 671 aber stellt fest, daß eine Ehefrau, welche sich dieser Verletzung der ehelichen Pflichten schuldig machte, der Scheidung nicht unter dem Vorwande des gleichen Vergehens des Mannes widersprechen darf. Hieraus schließt man, daß dem wegen Ehebruchs verklagten Manne die Einrede gleicher Schuld der Frau zusteht. Präjudiz des O. Trib. 430, Striethorst Archiv Bd. 70 S. 285ff., R. G. Bd. 20 S. 240. Hierbei wird der Mann aber nicht längst verjährte Vergehen der Frau

Dasselbe wird anzunehmen sein, wenn die Frau den Mann böslich verlassen hatte.[16]

3. Es ist fraglich, ob und inwieweit ein Vormund eine Ehescheidungsklage statt seines verheiratheten Mündels erheben kann. Man wird dies für die Regel zu verneinen haben. Denn die Wahl, ob man die Ehe scheiden oder verzeihen wolle, hat auf persönlicher Erwägung zu beruhen.[17] Eine andere Frage ist, ob der Minderjährige, welcher sich für die Ehescheidung entscheidet, berechtigt ist, die Ehescheidungsklage ohne den Vormund anzustellen. Dies ist zu verneinen, da er trotz der Ehemündigkeit nicht prozeßfähig ist, ehe er großjährig wird.[18]

4. Im Ehescheidungsprozesse ist zugleich auf Antrag über die Frage zu erkennen, wer der schuldige Theil ist; außerhalb des Ehescheidungsprozesses kann hierüber nicht verhandelt und entschieden werden. Dagegen hat der unschuldige Theil gegen den für schuldig erklärten Theil sein Recht auf Abfindung in einem besondern Prozeß geltend zu machen.[19]

---

vorbringen können, da eine gewisse Gleichzeitigkeit der Vergehen erfordert ist und dem Manne, welcher der Frau verzieh oder doch die Ehe dauernd fortsetzte — L. R. II, 1 §§ 720, 721 —, hiermit wohl nicht ein Freibrief für alle Zeit gegeben ist. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 70 S. 287, R. G. Bd. 20 S. 241. — L. R. II, 1 § 182.

16) Anders Striethorst Archiv Bd. 16 S. 249.

17) Dernburg Vormundschaftsrecht S. 258. R. G. Bd. 6 S. 157, vgl. auch Bd. 9 S. 219. A. Ansicht Peters a. a. O. S. 5. Fraglich ist, ob ein bereits begonnenes Ehescheidungsverfahren vom Vormund fortgesetzt werden kann, wenn der Ehescheidungskläger während des Verfahrens geisteskrank wurde, sofern er während seines gesunden Zustandes die Absicht nicht zu erkennen gab, die Ehescheidung fallen zu lassen. Die Fortsetzung wurde dem Vormund vom O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 68 S. 211 nach fruchtlosem Sühneversuch verstattet. So auch R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 1031, vgl. ferner R. G. daselbst Bd. 37 S. 403. — Gegen den Vormund des Ehegatten ist die Scheidungsklage natürlich zulässig.

18) Vgl. oben § 9 Anm. 6.

19) Wenn auch Reichscivilprozeßordnung § 575 die Verbindung einer andern Klage mit der Ehescheidungsklage für unstatthaft erklärt, so bezieht sich dies doch nicht auf die Schuldfrage, wie auch die Motive zum § 575 bemerken, vgl. oben § 9 bei Anm. 4. Es ist daher L. R. II, 1 § 745 noch in Kraft, wonach die Schuldfrage im Ehescheidungsprozeß erledigt werden „muß“, so daß eine Nachholung der Verhandlung hierüber in einem spätern Prozesse nicht zulässig ist. Ueber ausländische Ehescheidungsurtheile vergl. R. G. Bd. 5 S. 198. Damit die Schuldfrage rechtskräftig in der Urtheilsformel entschieden wird, bedarf es eines Antrages, vgl. R. C. P. O. § 279, ohne Antrag mag sie in den Gründen erörtert werden, diese gehen aber nicht in Rechtskraft über. — Der für schuldig erklärte Ehegatte kann die Entscheidung über die Schuldfrage nur mit der Ehescheidung durch Rechtsmittel anfechten, es sei denn, daß er zugleich einen selbständigen Grund für die Ehescheidung, wonach er nicht der schuldige Theil ist, darthun kann. Denn in demselben Ehescheidungsstreit kann derselbe Grund nicht für die Ehescheidung als vorhanden, für die Schuldfrage als nicht vorhanden erachtet werden. So jetzt R. G. Bd. 27 S. 198 entgegen früherer Praxis, vgl. auch bei Gruchot Bd. 37 S. 407. — Die Ehescheidungsstrafe konnte im früheren Recht im Ehescheidungsprozeß oder auch in einem besonderen Prozesse beansprucht werden nach Entsch. des O. Trib. Bd. 37 S. 218, Striethorst Archiv Bd. 96 S. 72; derzeit ist der besondere Prozeß nothwendig.

Haben beide Theile sich Vergehungen zu Schulden kommen lassen, so ist zu entscheiden, wen das Uebergewicht der Schuld trifft.[20] Unmittelbare Verletzungen der ehelichen Pflichten, z. B. Ehebruch, gelten für schwerer, als Vergehungen, die diese Pflichten nur mittelbar verletzen, wie z. B. Verurtheilung zu entehrender Strafe.[21] Für grobe Verschuldungen werden insbesondere vom Gesetz erklärt Ehebruch, bösliche Verlassung, Versagung der ehelichen Pflicht, selbstverschuldetes Unvermögen, Nachstellungen, falsche Beschuldigung grober Verbrechen, vorsätzliche Gefährdung des Lebens, der Ehre, des Amtes.[22] Sie sind gleicher Art; andere Verschuldungen gelten als leichtere. Bei Verfehlungen gleicher Art soll überlegter Vorsatz schwerer ins Gewicht fallen als ohne Ueberlegung wenn gleich vorsätzlich Verübtes.[23]

5. Die Ehescheidungsklage ist als solche aktiv und passiv unvererblich; denn der Tod hat die Ehe gelöst. Wohl aber kann sie behufs Entscheidung über die Schuldfrage von den Erben fortgesetzt oder erhoben werden; vorausgesetzt, daß die Sühne unter den Ehegatten bereits versucht war und fruchtlos blieb.[24] Dem steht der Fall gleich, daß der schuldige Ehegatte den Tod des andern Theils verursachte oder ihn gewaltsam zu klagen verhinderte.[25] Nach dem Tod eines Ehegatten gewinnt die Scheidungsklage die Bedeutung einer Feststellungsklage; eine Ehesache ist sie nicht mehr. Hauptzweck ist dann die Auseinandersetzung der Vermögen in der Art, wie sie im Fall der Ehescheidung wegen Schuld zu geschehen hätte, und Aberkennung des Erbrechts des schuldigen Theils gegen den Unschuldigen.

Während der Dauer des Ehescheidungsprozesses bestehen die Rechte und Pflichten der Eheleute, insbesondere auch bezüglich ihres Zusammenlebens, fort.[26]

Der Ehescheidungsrichter kann aber einstweilige thatsächliche Trennung verstatten, wenn Gründe bescheinigt werden, welche Leben oder Gesundheit

---

20) L. R. II, 1 § 746. Bei der Abmessung des Uebergewichts der Schuld können auch Gründe, auf welche sich die Ungültigkeit der Ehe stützen läßt, insbesondere Betrug, z. B. Vorspiegelung der Jungfernschaft, in Betracht gezogen werden. Entsch. des O. Trib. Bd. 20 S. 239.

21) L. R. II, 1 § 747.

22) L. R. II, 1 § 748. Hierher gezählt wird nicht Gefährdung des Gewerbes im Präj. des O. Trib. n. 553, wohl aber Gefährdung der gewerblichen Ehre R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 409.

23) L. R. II, 1 § 750, vgl. Strafgesetzbuch §§ 211. 212.

24) L. R. II, 1 § 827. Die Fortsetzung der Klage ist hier nur dem Erben des unschuldigen Theils in Aussicht gestellt. Sie ist aber auch dem Erben des in früherer Instanz für schuldig erklärten Theiles zu verstatten, um in der folgenden Instanz zu erreichen, daß kein Theil für den schuldigen erklärt wird. Entsch. des O. Trib. Bd. 34 S. 235, R. G. Bd. 24 S. 279.

25) L. R. II, 1 § 828.

26) L. R. II, 1 § 723.

des einen Theils gefährden; er kann dem Manne auflegen seine Frau außerhalb des Hauses zu unterhalten.[27]

Auch über die Erziehung und Verpflegung der Kinder kann der Ehescheidungsrichter für die Dauer des Scheidungsprozesses Verfügungen treffen.[28]

§ 20. Wirkungen der Scheidung.

1. Die Ehe wird gelöst mit dem Augenblick, in welchem das Scheidungsurtheil in Rechtskraft übergeht.[1]

Doch soll der schuldige Theil keinen Vortheil daraus ziehen, wenn er die Rechtskraft durch ungegründete Rechtsmittel aufgehalten hatte. Auf Antrag des unschuldigen Theils ist daher bei der Auseinandersetzung der Vermögen der Tag des ersten Scheidungsurtheils zu Grunde zu legen.[2]

2. Mit der Rechtskraft des Scheidungsurtheils hören alle aus der Ehe folgenden persönlichen Rechte und Pflichten auf; die bisherigen Beschränkungen der Handlungsfähigkeit der Ehefrau fallen weg.

Es kann jedoch die geschiedene Frau Namen und Stand des Ehemannes beibehalten, aber auch den Namen annehmen, welchen sie vor Eingehung der geschiedenen Ehe hatte. Ist sie aber für den allein schuldigen Theil erklärt, so darf sie den Namen des Mannes wider dessen Willen nicht führen. Der Mann kann daher auf dessen Aberkennung klagen; mit der Rechtskraft des aberkennenden Urtheils verliert sie dessen Namen. Auf ein nach der Auflösung stattfindendes unwürdiges Verhalten der Frau kann sich eine derartige Klage nicht stützen.[3]

3. Wiederverheirathung der geschiedenen Eheleute mit einander steht nichts im Wege, bedarf aber derselben Form, wie bei einer ersten Eingehung der Ehe.[4]

4. Was die Vermögensverhältnisse anlangt, so erlischt bei gütergetrennter Ehe der ehemännliche Nießbrauch. Die eheliche allgemeine

27) L. R. II, 1 §§ 724, 725. Vgl. oben § 9 Anm. 22 und 23.

28) L. R. II, 1 § 729. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 1162.

1) L. R. II, 1 § 731. Von welchem Moment an die Rechtskraft des Scheidungsurtheils zu datiren ist, bestimmt sich nach allgemeinen Grundsätzen, deren Entwicklung oben Bd. 1 § 134 versucht wurde. R. G. Bd. 25 S. 215 erachtet als maßgebend den Tag „der Verkündung des Scheidungsurtheils".

2) Vgl. L. R. II, 1 §§ 770, 771. Auch ein durch Eid bedingtes Scheidungsurtheil ist auf Verlangen des unschuldigen Theils statt des Läuterungsurtheils — der s. g. Purifikatoria — als Grundlage zu nehmen, Striethorst Bd. 84 S. 39. Vgl. R. C. P. O. § 427.

3) L. R. II, 1 § 738 ff. R. G. in Straff. Bd. 24 S. 362. — Die Frage, ob die geschiedene Frau durch unkeusches Leben das Recht verliere, den Namen und Stand ihres früheren Ehemannes fortzuführen, ist auch gemeinrechtlich bestritten. Vgl. hiergegen Kämmerer Archiv f. civil. Pr. Bd. 18 S. 88.

4) § 35 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 — oben § 16 Anm. 1 — würde jedoch auf der Art erneuerte Ehen nicht anzuwenden sein.

Gütergemeinschaft hört auf. Den schuldigen Theil treffen bei der Auseinandersetzung Nachtheile, die am bezüglichen Ort darzustellen sind.[5] Fernere Nachtheile sind, daß der unschuldige Theil die empfangenen Brautgeschenke behält, die von ihm gegebenen aber zurückfordern darf; daß der unschuldige Mann die Morgengabe zurückerhält, daß der unschuldige Theil die von ihm gemachten Schenkungen wegen Undankbarkeit widerrufen darf.[6]

5. Besonders wichtig sind die Ehescheidungsstrafen, welche den schuldigen Gatten dann treffen, falls Gütertrennung galt, wie auch dann, wenn allgemeine Gütergemeinschaft bestand und Absonderung der Vermögen Seitens des unschuldigen Theils gewählt wurde.[7]

Zum Vorbild dienten die römischen Ehescheidungsstrafen. Es verlor hiernach der schuldige Ehegatte seine dos, beziehentlich die propter nuptias donatio an den andern Theil, und in Ermangelung solcher Zuwendungen $1/_4$ seines Vermögens bis zu 100 Pfund Gold. Bei Ehebruch und in gewissen anderen schweren Fällen wurde die Strafe um $1/_3$ erhöht. Der unschuldige Theil erwarb jedoch, wenn Kinder aus der Ehe vorhanden waren, nur den Nießbrauch, das Eigenthum fiel an die Kinder.[8] Das preußische Recht behandelt die Ehescheidungsstrafen übereinstimmend mit der Auffassung mancher älterer Schriftsteller von dem Gesichtspunkte aus, daß der schuldige Ehegatte verpflichtet sei, den Unschuldigen wegen des Verlustes der künftigen Erbfolge abzufinden. Es wird daher angenommen, daß der schuldige Ehegatte am Tage der Verkündung des rechtskräftig gewordenen Scheidungsurtheils verstorben sei. Das Einzelne ist Folgendes:

a) Der unschuldige Ehegatte kann Kapitalabfindung fordern.[9] Dieselbe beträgt $1/_4$ des Vermögens des schuldigen Theils, wenn die Ehe wegen grober, $1/_6$, wenn sie wegen leichterer Verschuldung getrennt ist.[10] Hatten die Ehegatten Erbverträge geschlossen, so kann bei kinderloser Ehe der Unschuldige das solchergestalt Zugedachte, wie wenn der Geschiedene gestorben wäre, wählen; jedoch nicht mehr als die Hälfte der Substanz oder des Nießbrauchs des Vermögens des Schuldigen fordern. Sind aber Kinder aus der

5) Die Grundsätze der Auseinandersetzung siehe unten § 32, § 40.

6) L. R. II, 1 § 773 ff. Vgl. oben Bd. 2 § 164 Anm. 19.

7) L. R. II, 1 §§ 783. 811 ff., insbesondere § 814. Der Antrag der geschiedenen Frau auf Abfindung oder auch Verpflegung ist im Fall der allgemeinen Gütergemeinschaft durch die vorgängige Absonderung des eingebrachten Vermögens bedingt. Strietshorst Archiv Bd. 2 S. 289. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 408.

8) l. 8 § 4 und 5, l. 11 C. de repudiis 5, 17. nov. 22 cap. 15 und 16. nov. 117 cap. 8 und 9, vgl. Glück Bd. 27 S. 1 ff., Windscheid Pandekten Bd. 2 § 510.

9) L. R. II, 1 § 783.

10) L. R. II, 1 §§ 785. 786. Ueber die schweren Vergehungen (vgl. § 748 des Tit.) siehe oben § 19 Anm. 22.

Ehe vorhanden, so muß sich der Unschuldige mit dem Geringeren begnügen, sei dies nun die vertragsmäßig bedungene oder die gesetzliche Quote.[11]

Das Vermögen des schuldigen Theils wird, wie gesagt, nach dem Tage des Scheidungsurtheils berechnet. Die Schätzung geschieht mittels gerichtlicher Taxe.[12] Der unschuldige Theil hat kein Recht, behufs der Theilung den Verkauf der Vermögensobjekte des Schuldigen zu fordern. Was der freien Verfügung des schuldigen Theils nicht unterliegt, z. B. Lehen, Familienfideikommisse, kommt nicht in Betracht.[13] Auch der Kapitalwerth der Einkünfte solcher Vermögen ist nicht in Rechnung zu setzen, da die Fiktion maßgebend ist, daß der Schuldige am Tage des Scheidungsurtheils verstorben sei.[14] Eben deshalb können erst künftig verfallende lebenslängliche Renten, wie Gehalt und Pensionsansprüche, nicht berücksichtigt werden. Bedingte Forderungen sind dagegen einzurechnen, da sie auch ein Nachlaßaktivum ausmachen würden. Abzuziehen sind die Passiva des Vermögens, also nicht bloß fällige, sondern auch betagte und bedingte Schulden. Nur die zur Zeit der Erhebung der Scheidungsklage bereits vorhandenen Schulden sollen berücksichtigt werden.[15][16] Dies kann sich aber nur auf willkürliche, nicht auf gesetzliche und nothwendige Schulden beziehen.

Die Abfindung geschieht durch eine der ermittelten Quote entsprechende Geldsumme. Sie ist mit dem Tage des Scheidungsurtheils fällig; daher ist sie von da an zu verzinsen, auch wenn der Betrag erst später gerichtlich festgestellt wird.[17]

Der Anspruch auf Abfindung ist ein höchst persönlicher, er ist unvererblich. Er geht jedoch auf die Erben des unschuldigen Theils dann über, wenn das Erkenntniß über die Abfindung bei dessen Lebzeiten gefällt und erst nach dessen Tode rechtskräftig wurde.[18] Passiv wird der Anspruch auf die Abfindung erst in Folge des rechtskräftigen Scheidungsurtheils vererblich. Stirbt der schuldige Ehegatte vor rechtskräftigem Erkenntniß, so wird er also von dem

---

11) L. R. II, 1 § 792 ff.

12) L. R. II, 1 § 788 ff.

13) L. R. II, 1 § 787.

14) Striethorst Archiv Bd. 68 S. 94.

15) L. R. II, 1 § 790.

16) R. G. Bd. 25 S. 211 nimmt an, daß der während des Scheidungsprozesses gemachte „Erwerb" um den Betrag der Schulden zu kürzen sei, welche um des Erwerbes willen erwuchsen.

17) Striethorst Bd. 42 S. 99 auf Grund von L. R. I, 16 § 67, R. G. Bd. 15 S. 273. Der Umstand, daß der Betrag der Schuld noch illiquid ist, hindert an sich den Verzug nicht. Anders freilich Koch zu § 784, Eccius Bd. 4 § 215 Anm. 28.

18) L. R. II, 1 § 830 Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 60. R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 498.

unschuldigen nach Gesetz oder Vertrag beerbt; letztwillige Verordnungen zum Nachtheil seiner Erbberechtigung sind ihm gegenüber jedoch unkräftig.[19]

b) Die unschuldige Frau kann statt der Abfindung lebenslänglichen standesmäßigen Unterhalt und, soweit möglich, dessen Sicherstellung fordern.[20] Er kommt der Frau auch im Fall anderweiter Ehe zu.

Hierbei ist das Einkommen des Mannes im Kalenderjahre der Scheidung maßgebend, insbesondere auch sein Arbeitseinkommen. Die eigenen Einkünfte der Frau aus dem von ihr zurückgenommenen eingebrachten Vermögen werden angerechnet,[21][22] nicht aber Einkommen aus etwaigem vorbehaltenen Vermögen. Spätere Verbesserungen des Einkommens des Mannes geben keinen Anspruch auf Vermehrung der Verpflegung,[23] wohl aber im Bedürfnißfall auf Sicherstellung. Spätere Verschlechterung des Einkommens des Mannes wird ebensowenig berücksichtigt.[24] Die einmal getroffene Wahl der Verpflegung ist unabänderlich.[25] Ist aber bei dem Tode des Mannes der Nachlaß so gering, daß die Verpflegungsgelder die Hälfte des Ertrags desselben übersteigen, so hat die Frau die Wahl, ob sie sich eine Heruntersetzung der Verpflegungsgelder auf die Hälfte gefallen lassen oder die gesetzliche Abfindung fordern will. Bei dieser Abfindung ist der Betrag des zur Zeit der Scheidung vorhandenen Vermögens oder des Nachlasses zu Grunde zu legen, je nachdem der eine oder andere der geringere ist.[26]

Der Mann kann standesmäßige Verpflegung statt der Abfindung fordern, wenn er sich seinen Unterhalt in Folge von Alter oder Krankheit oder anderer Unglücksfälle nicht erwerben kann.[27]

c) Wenn eine Ehe wegen Geisteskrankheit getrennt ist oder wegen unverschuldet zugestoßenen Unvermögens zur Leistung der ehelichen Pflicht oder wegen sonstigen körperlichen Gebrechens, so bleibt der andere Theil zur

---

19) L. R. II, 1 § 833. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 498.

20) L. R. II, 1 § 798 ff. Ueber die Lohnbeschlagnahme in solchem Fall vgl. oben § 1 Anm. 13. — L. R. II, 1 § 800 ist durch Einführungsgesetz zur C. P. O. § 14 beseitigt. R. G. Bd. 19 S. 309.

21) In diese Einkünfte sind die Pensionsraten einer Wittwenpension der Ehefrau einzurechnen, R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 432.

22) Angefallenes, aber noch nicht fälliges Einkommen der Frau ist nicht einzurechnen. R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1009. Vgl. überhaupt R. G. das. Bd. 34 S. 731.

23) Nach Präj. des O. Trib. 381 bezieht sich dies nicht auf den Fall, daß vorübergehende Einschränkungen auf dem Vermögen des Mannes lasteten, die hinterher fortfallen.

24) R. G. Bd. 15 S. 272, Bd. 19 S. 311, R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 429 u. 1010.

25) L. R. II, 1 § 804. Das Recht, die Verpflegungsgelder zu fordern, geht der Frau durch die Klage auf Abfindung noch nicht verloren, wohl aber nach Präjudiz des O. Trib. 687, wenn ihr die Abfindung rechtskräftig zugesprochen ist. Vergleich oder sonstiger Vertrag über die Abfindung hat gleiche Kraft.

26) L. R. II, 1 §§ 806, 807.

27) L. R. II, 1 § 809.

nothdürftigen — standesgemäßen — Verpflegung des Gatten verpflichtet, sofern sie aus dessen eigenem Vermögen nicht beschafft werden kann.[28]

d) Vereinbarungen über die Ehescheidungsstrafen vor Erwachsen eines Ehescheidungsgrundes sind als unsittlich nichtig, wenn sie die Verletzung der Ehe erleichtern würden.

Ist der Ehescheidungsgrund bereits erwachsen, so kann die Abfindung durch formgerechten Vertrag festgestellt werden. Ganz erlassen kann sie aber nicht werden.[29]

Fünftes Kapitel.
Die persönliche Rechtsstellung der Ehegatten.

§ 21. Allgemeines. Stellung nach Außen.

1. Das Landrecht bezeichnet den Mann als das Haupt der ehelichen Gesellschaft, dessen Entschluß in gemeinschaftlichen Angelegenheiten den Ausschlag gebe.[1] Eine vormundschaftliche Stellung wird ihm nicht ausdrücklich zugeschrieben; doch sind die ihm zugeschriebenen Befugnisse und Pflichten historisch wie dogmatisch auf eine deutschrechtliche Vormundschaft zurückzuführen.

2. In Folge dessen erlischt die väterliche Gewalt über die Tochter mit deren Verheirathung.[2] Es besteht jedoch die Altersvormundschaft über die minderjährige Ehefrau fort,[3] und der Vater erhält statt der Gewalt eine gesetzliche Vormundschaft über seine minderjährige verheirathete Tochter bis zu deren Großjährigkeit.[4] Auch die großjährige Ehefrau steht in den gesetzlichen Fällen unter Vormundschaft. Der Ehemann kann zum Vormund seiner Frau berufen werden und zwar selbst vor anderen nach dem

---

28) L. R. II, 1 §§ 759. 760.

29) L. R. II, 1 § 824 ff. R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 913.

1) L. R. II, 1 § 184.

2) L. R. II, 2 § 228. Ob das Aufhören der väterlichen Gewalt an die Einwilligung des Vaters zur Ehe oder deren Ergänzung durch den Richter gebunden ist, oder ob es schlechthin mit der Ehe der Tochter stattfindet, darüber vgl. unten § 48.

3) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 99 Abs. 1. L. R. II, 18 § 736. Nach älterem deutschen Recht erlosch die Vormundschaft mit der Verheirathung des Mündels. Dies erhielt sich vielfach partikularrechtlich, während die Reichspolizeiordnung, wonach die Minderjährigen schlechthin unter Vormundschaft stehen sollten, gemeinrechtlich den entgegengesetzten Grundsatz einbürgerte. Derselbe entspricht auch den realen Verhältnissen der Gegenwart, da die minderjährige Frau des Schutzes ihres Vormundes gegenüber dem Manne bedürftig sein kann. Vgl. Dernburg Vormundschaftsrecht § 87. Gegen eine Ehefrau kann übrigens ein Antrag auf Entmündigung wegen Geisteskrankheit nur vom Ehemann gestellt werden, außerdem ist bloß der Staatsanwalt hierzu befugt, vgl. R. C. P. O. § 595.

4) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 12 Abs. 1.

Gesetze vorzüglich Berufenen.[5] Beim Widerstreit der Interessen zwischen Mann und Frau ist derselben dann ein Pfleger zu bestellen.

3. Mit der Eheschließung erlangt die Frau den Namen des Mannes,[6] womit sich die Verbindung der Ehegatten nach außen hin manifestirt. Sie theilt ferner seine Staatsangehörigkeit,[7] und seinen Stand.[8] Auch behält sie den bisherigen Namen und Stand des Mannes nach Trennung der Ehe, für die Regel selbst nach einer Ehescheidung.[9] Im Fall der Wiederverheirathung nimmt sie Namen, Stand und Staatsangehörigkeit des neuen Gatten an.

4. Ferner ist der Wohnsitz des Mannes zugleich derjenige der Frau, auch, wenn der Mann ihn gegen den Willen der Frau verlegt;[10] selbst dann, wenn sie sich thatsächlich getrennt hat, es sei denn, daß sie zu dieser Trennung rechtlich befugt war.[11] Dritte haben das Recht des Mannes auf Zusammenwohnen mit der Frau zu achten. Der Mann kann gegen dieselben, z. B. gegen seine Schwiegereltern, auf Gestattung des Zutritts klagen, um seine Frau gütlicherweise zurückzuführen.[12]

5. Die Ehe begründet Vertretungsrechte des Ehemannes einerseits und der Ehefrau andererseits.

a) Der Ehemann ist in Folge seiner vormundschaftlichen Stellung befugt und schuldig, die Person, die Ehre und das Vermögen seiner Frau gerichtlich und außergerichtlich zu vertheidigen.[13] Damit ist nicht ausgesprochen,

---

5) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 17 Abs. 3. Nach römischem Recht war der Ehemann zur Führung der Vormundschaft über seine Ehefrau unfähig. Gesetzlich berufen ist der Ehemann nach § 17 der V. O. nicht. Es ist daher § 18 der V. O. nicht anwendbar. Anders Johow App. Ger. Bd. 8 S. 81, doch gegen Wort und Sinn des Gesetzes.

6) L. R. II, 1 § 192.

7) Bundesgesetz vom 1. Juni 1870 über Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit § 2 Ziff. 3, § 5, § 13, Ziff. 5, § 19, § 21, Abs. 2. Dasselbe ist im ganzen Reich in Kraft gesetzt.

8) L. R. II, 1 § 193, vgl. l. 13 C. de dignitatibus 12, 1. Dies findet in der Regel nicht Anwendung bei Ehen von Personen des hohen Adels mit Unebenbürtigen; doch sind in erster Linie die bezüglichen Hausgesetze maßgebend.

9) L. R. II, 1 § 738, oben § 20 bei Ziff. 2.

10) Ueber Verlegung des Ehesitzes siehe das Nähere oben § 18 Anm. 15.

11) A. G. O. I, 2 § 87 ff. R. C. P. O. § 17. Aus den Worten „sofern nicht auf immerwährende Trennung von Tisch und Bett erkannt ist" wird man nicht schließen dürfen, daß andere befugte Trennung nicht beachtet wird; vgl. übrigens l. 22 § 1, l. 32 D. ad municipalem et de incolis 50, 1.

12) Das römische Recht gewährte das interdictum de uxore exhibenda et ducenda l. 1 § 5, l. 2 D. de liberis exhibendis 43, 30; die Zulässigkeit eines gleichartigen Rechtsmittels vertheidigt Altmann, Gruchot Bd. 3 S. 420, bei Gelegenheit eines Falls, in welchem der Ehemann seine willensschwache und für blödsinnig erklärte Frau von deren Verwandten, die sie zu sich genommen hatten, herausforderte.

13) L. R. II, 1 § 188. Vgl. auch R. G. in Strafsachen Bd. 22 S. 332.

daß er in ihren Angelegenheiten ohne oder gar gegen ihren Willen prozessiren darf. Dies ist ihm nur in gewissen vom Gesetz bestimmten Fällen gestattet.[14]

In Folge der Reichscivilprozeßordnung ist die Ehefrau selbständig prozeßfähig,[15] aber in die Rechte ihres Ehemanns kann sie natürlich nicht eingreifen. Sie ist also namentlich zu Prozessen befugt, welche ihre persönliche Rechtsstellung betreffen, ferner zu Prozessen gegen ihren Ehemann, zu solchen über ihr vertragsmäßig vorbehaltenes Vermögen, endlich zu Klagen über ihr Eingebrachtes gegen Dritte behufs Feststellung und Sicherstellung ihrer Rechte. Auch kann sie in Vertretung ihres abwesenden oder kranken Ehemannes nach Maßgabe ihrer gesetzlichen Vertretungsbefugniß klagen.

Der Ehemann hat als Haupt der ehelichen Gemeinschaft und in Folge seiner vormundschaftlichen Gewalt die Prozeßkosten zu tragen.[16] Diese Pflicht liegt ihm nicht bloß seiner Frau gegenüber ob, vielmehr auch dem Gericht, sowie der obsiegenden Partei, welche das Recht auf Erstattung der Prozeßkosten hat.[17] Von seiner Frau kann der Mann Ersatz der ihm zur Last fallenden Prozeßkosten nicht fordern, namentlich auch nicht nach Beendigung des Nießbrauchs wegen der auf die Substanz des Eingebrachten verwendeten Prozeßkosten etwas anrechnen.[18]

---

14) In dringenden Fällen hat der Ehemann vermuthete Vollmacht. L. R. I, 13 § 119. Bezüglich der selbständigen Klagelegitimation des Mannes vgl. A. G. O. I, 1 §§ 19, 22, siehe auch unten § 28 Anm. 12, § 30 Anm. 29.

15) Nach L. R. II, 1 §§ 189. 230, A. G. O. I, 1 § 16 ff. waren Frauen ohne den Beitritt ihrer Männer nicht prozeßfähig, abgesehen von ihrem vorbehaltenen Vermögen. Sie waren jedoch selbständig befugt zu Klagen gegen ihre Männer. Außerdem konnten sie wegen ihres Eingebrachten, im Fall der Mann den Beitritt verweigerte, klagen, wenn sie eine vom Nießbrauch des Mannes unabhängige Kaution stellten. Endlich wurde der Mann zum Beitritt vom Gericht angehalten, wenn er sich aus unerheblichen Gründen weigerte. Nach R. C. P. O. § 51 Abs. 2 ist die Prozeßfähigkeit einer Frau „dadurch, daß sie Ehefrau ist, nicht beschränkt". Die Tragweite dieser Bestimmung ist freilich bestritten, vgl. Mandry Prozeßfähigkeit der Ehefrau im Archiv für c. Praxis Bd. 65 S. 132. Boas bei Gruchot Bd. 29 S. 303, Eccius Bd. 4 S. 35, Zürn Eherecht S. 35. Das R. G. Bd. 4 S. 373, Bd. 13 S. 291, Bd. 28 S. 331 formulirt als Sinn des § 51, daß die Ehefrauen „soweit ihre materiellrechtlichen Befugnisse reichen", reichsgesetzlich ein Klagrecht haben. Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 1215 ff. Ueber die Zustellung einer Klage gegen eine Ehefrau an ihren Ehemann vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 1156, wo sich eine Sammlung von Nichtigkeiten der R. C. P. O. findet. — Ueber die Zwangsvollstreckung gegen Eheleute siehe Falkmann bei Gruchot Bd. 35 S. 488, R. G. Bd. 32 S. 290.

16) L. R. II, 1 § 187. Kosten der Prozesse über das vertragsmäßige vorbehaltene Frauengut hat der Mann nicht zu tragen, wohl aber die über das gesetzlich Vorbehaltene, L. R. II, 1 §§ 228. 229. Bezüglich der Prozeßführung hierüber vgl. unten § 28 Anm. 12.

17) Striethorst Archiv Bd. 63 S. 195.

18) Das Gegentheil behauptet u. A. Koch zu § 187. Die Behauptung ist jedoch nicht zutreffend, da nach § 187 des Tit. die Prozeßkosten den Alimenten der Ehefrau zugezählt werden, von deren Erstattung nicht die Rede sein kann. So Bornemann

Auch die Kosten eines Strafverfahrens gegen die Frau hat der Ehemann in der Regel zu tragen, da er die Frau, wenigstens bei geringeren Vergehen, zu vertreten hat. Diese Verpflichtung trifft ihn aber nicht bei Vergehen, welche eine Ehescheidung rechtfertigen, wenn er an denselben keinen Theil hatte;[19] es ist nicht erfordert, daß er die Scheidung beantragt.[20]

Bei Prozessen mit seiner Frau muß ihr der Mann die Prozeßkosten aus ihrem Eingebrachten, in dessen Ermangelung aus dem eigenen Vermögen vorschießen.[21]

b) Die Ehefrau ihrerseits hat die s. g. Schlüsselgewalt.[22] Sie vertritt in Folge derselben den Ehemann durch Borg von Waaren oder Sachen und durch Bestellung von Arbeiten zu gewöhnlichen Haushaltungsgeschäften oder Nothdurften.[23] Persönlich ist sie dann nicht verpflichtet. Der Umfang ihrer Ermächtigung ist nach Art und Führung des Haushalts, nach dem Stande, sowie nach den wirklichen oder doch im Publikum allgemein unterstellten Vermögensverhältnissen des Ehemannes zu bemessen. Die Haushaltungsgläubiger erwerben, sofern sie gutgläubig waren, auch dann Forderungen gegen den Ehemann, wenn dieser der Frau Geld zur Führung des Haushalts gegeben hat, welches sie anderweit verthat.[24]

Geld zu Haushaltungszwecken[25] aufzunehmen ist die Ehefrau gesetzlich nicht befugt.

Bd. 5 S. 68, Eccius Bd. 4 § 206. Ebenso stand es nach gemeinem sächsischen Recht. Die gewöhnlichen Grundsätze des Nießbrauchs, wonach der Mann die Kosten der Prozesse über die Substanz nur vorlegen müßte, dagegen der Frau die Auslage berechnen könnte, sind hiernach nicht anwendbar.

19) L. R. II, 1 § 191. Die jetzige Dreitheilung der strafbaren Handlungen kommt hier nicht in Betracht.

20) Allerdings ergeben die Materialien zum § 191 gegenüber einer Aeußerung von Suarez, „daß er den Mann von den Kosten freisprechen würde, wenn das Verbrechen so beschaffen sei, daß er deshalb auf Scheidung anzutragen berechtigt wäre, auch wenn er sich nicht wirklich scheiden ließe," die Gegenbemerkung „approbatum, wenn er sich wirklich scheiden läßt." Das Gesetz selbst enthält aber hiervon nichts, die Ansicht von Suarez hat also obgesiegt; sie erscheint auch als entsprechend. Striethorst Archiv Bd. 14 S. 145 ff. So auch Eccius Bd. 4 § 206 Anm. 23 gegen Förster.

21) Vgl. L. R. II, 1 § 726, R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1208.

22) L. R. II, 1 § 321. Auch die minderjährige Ehefrau hat das Frauenrecht. Bezüglich der Gütergemeinschaft vgl. L. R. II, 1 § 389, wo im Allegat § 321 statt § 322 zu lesen ist. § 321 gilt auch in der Mark Brandenburg Kam. Ger. Bd. 8 S. 57.

23) Gruchot Bd. 14 S. 145: Der Ausdruck „Nothdurften" ist als identisch zu nehmen mit gewöhnlichen standesgemäßen Bedürfnissen. Ein seidnes Kleid für die Ehefrau eines höheren Beamten kann sehr wohl hierher gehören, vgl. aber Gruchot Bd. 15 S. 127.

24) L. R. II, 1 § 322. Der Mann kann Ersatz aus dem vorbehaltenen Vermögen der Frau, in dessen Ermangelung aus der Substanz des Eingebrachten fordern, § 323 das.

25) L. R. II, 1 § 321 spricht nur von Borg von „Waaren oder Sachen" im Gegensatz zu baarem Geld. Vgl. Bornemann Bd. 5 S. 107. Ueber das Miethen des Gesindes bestehen besondere Vorschriften, siehe oben Bd. 2 § 196.

Die Frau muß thatsächlich dem Haushalt ihres Mannes vorstehen,[26] um ihn durch Haushaltungsschulden zu verpflichten; eine thatsächlich separirte Frau verbindet den Mann — abgesehen von nützlicher Verwendung — nicht. Der Mann kann seiner Frau die Ermächtigung zu Haushaltungsschulden entziehen;[27] die Entziehung wirkt gegen Dritte, welche von derselben nachweisbar, insbesondere durch specielle Mittheilung, Kenntniß erhielten. Schlechthin ist der Mann gegen das Publikum nur dann gesichert, wenn er durch Vermittlung des Vormundschaftsgerichtes eine öffentliche Bekanntmachung veranlaßt hat.[28] Einer vorgängigen Untersuchung der Sachlage durch den Richter bedarf es hierbei nicht,[28a] also auch nicht nothwendigerweise der Anhörung der Frau. Soweit etwas in den Nutzen des Mannes verwendet ist, wird er trotz solcher Bekanntmachung verpflichtet.[29]

c) Die Frau hat ferner das Recht ihren Mann in Nothfällen zu vertreten. Sie ist namentlich befugt, Alles zu thun, was zu einer ordentlichen gewöhnlichen Vermögensverwaltung erforderlich ist, wenn der Aufenthalt des Mannes unbekannt ist und eine andere Vertretung nicht besteht. Unter Anderm kann sie dann auch Forderungen einkassiren, nicht bloß laufende, z. B. aus Miethen, sondern auch angelegte Kapitalien.[30] Das Gleiche findet statt, wenn Gefahr im Verzug ist, falls der Aufenthalt des Mannes zwar bekannt, aber so entfernt ist, daß seine Willensmeinung nicht rechtzeitig eingeholt werden kann.[31] Es wird weiter der Mann für die von seiner Frau aufgenommenen Haushaltungs- und Gewerbeschulden dann verhaftet, wenn er sich entfernt hat, ohne wegen des Unterhalts seiner Familie oder des Betriebs seines Gewerbes hinreichende Verfügungen zu treffen, oder wenn ihn schwere, anhaltende Krankheit an solchen Verfügungen hinderte.[32]

---

26) Kam. G. Bd. 8 S. 57. Hierüber haben sich also Dritte zu vergewissern.

27) Gruchot Bd. 19 S. 276.

28) L. R. II, 1 § 323. Schmidt Familienrecht S. 159 ff. nimmt an, daß die Führung der Haushaltung der Frau als ein Recht gebühre, was richtig ist. Er folgert hieraus, daß der Mann für die Haushaltungskosten der Frau aufkommen müsse, bis der Vormundschaftsrichter ihr dies Recht aus Gründen abgesprochen habe. Dies ist nicht richtig. Aus ihrer Stellung als Hausfrau ergiebt sich nicht nothwendig das Recht, für die Haushaltung auf Kosten des Mannes zu borgen, da die Haushaltung auch unter Baarzahlung zu führen ist.

28a) A. Ansicht Kam. Ger. a. a. O.

29) Bornemann Bd. 5 S. 107.

30) L. R. II, 1 § 202. Bornemann Bd. 5 S. 72 hebt mit Recht hervor, daß es genügen müsse, wenn der Aufenthalt des Mannes dem Dritten ohne seine culpa unbekannt, der Letztere sich also bona fide mit der Frau eingelassen hat. Vgl. über den historischen Zusammenhang Entsch. des O. Trib. Bd. 50 S. 283 ff.

31) L. R. II, 1 § 203.

32) L. R. II, 1 §§ 326, 327. Vgl. auch unten § 22 Anm. 21.

§ 22. Handlungsfähigkeit der Ehegatten.

I. Nach römisch-justinianischem Rechte waren Ehefrauen handlungsfähig, wie unverheirathete Weiber, so daß sie selbständig über ihr Vermögen verfügten. Dies ist in das gemeine Recht übergegangen[1] und gilt unter Andern auch in der Mark Brandenburg. Natürlich kann aber die Ehefrau hierdurch nicht willkürlich die ihrem Manne durch das eheliche Güterrecht an ihrem Vermögen erworbenen Befugnisse schmälern. Hat der Ehemann also, wie für die Mark Brandenburg angenommen wird, Nießbrauch und Verwaltung an dem gesammten Vermögen seiner Frau, so können die von ihr einseitig übernommenen Verpflichtungen erst nach Auflösung der Ehe gegen sie vollstreckt werden.[2]

II. Das Landrecht nimmt einen andern Standpunkt ein, sowohl im Fall der Gütertrennung, von dem wir zunächst im Folgenden ausgehen, als auch im Fall der Gütergemeinschaft.[3] Die Ehefrauen können Rechte für sich erwerben,[4] auch sichernde Maßregeln ergreifen, aber sich durch Rechtsgeschäfte verpflichten und Rechte aufgeben können sie nur mit Zustimmung — Konsens — ihres Mannes. Hierbei war zunächst das Interesse des Mannes an der Erhaltung ihres Eingebrachten maßgebend. Es wirkte aber auch der Gedanke mit, daß es nicht zweckmäßig erscheint, die Rechtsgültigkeit von Verbindlichkeiten anzuerkennen, welche erst in einer ungewissen, mehr oder weniger entfernten Zukunft vollstreckt werden können:

1. Da Ehefrauen zur Erwerbung von Rechten fähig, und nur ihre Verpflichtungen von der Zustimmung des Ehemannes abhängig sind, so bilden ihre zweiseitigen Geschäfte hinkende Verträge. Wer also mit einer Ehefrau einen zweiseitigen Vertrag schloß, kann von demselben nicht eher zurücktreten,

---

1) Auch das ältere deutsche Recht leitete aus der vormundschaftlichen Gewalt des Ehemanns die Handlungsunfähigkeit der Frauen nicht her. Dies geschah aber in vielen Rechtsgebieten seit der Reception des römischen Rechts, so namentlich durch die kursächsische Jurisprudenz, Haubold sächsisches Privatrecht § 70. Vgl. Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 91 Anm. 137.

2) Für die märkische Ehefrau wurde die selbständige Verpflichtungsfähigkeit anerkannt durch ein mittels Hofreskript vom 21. Januar 1781 bestätigtes Gutachten des Obertribunals. Bei Striethorst Archiv Bd. 13 S. 140 ff. wird die Verpflichtungsfähigkeit aber wenig folgerecht nur auf persönliche Verbindlichkeiten, nicht auf Veräußerungsgeschäfte über ihr Eingebrachtes bezogen. Vgl. Korn Güterrecht S. 36 ff., S. 119 ff. Korn nimmt — S. 121 — an, daß nach märkischem Recht Gläubiger einer Frau wegen der Schulden, welche sie während der Ehe ohne Zustimmung des Mannes machte, zwangsweise eine Eintragung auf deren Grundstücke dahin erlangen könnten, daß sie ihnen wegen ihrer Ansprüche für den Fall des Erlöschens des maritalischen Nießbrauchs- und Verwaltungsrechts des Mannes verhaftet seien.

3) L. R. II, 1 § 318 ff., vgl. auch R. G. Bd. 4 S. 238.

4) Ueber das Verhältniß zu L. R. II, 1 § 211 siehe unten § 25 Anm. 7.

bis der Ehemann oder sein gesetzlicher Vertreter sich darüber erklärt oder die ihm zur Erklärung gestellte Frist hat verstreichen lassen.[5]

2. Die Zustimmung des Mannes zu Verpflichtungen seiner Frau kann mündlich, sie muß nicht ausdrücklich erfolgen, wissentliches Geschehenlassen genügt.[6] Sie kann generell erklärt sein. Insbesondere geschieht sie generell durch die Gestattung eines Gewerbebetriebs der Ehefrau und ermächtigt dann zu allen durch denselben bedingten Verpflichtungen.[7] Nachträgliche Genehmigung steht vorgängiger oder gleichzeitiger Zustimmung gleich.[8]

3. Die Konsensschulden verbinden die Ehefrau persönlich.[9] Die Gläubiger können sich schon während der Ehe an die Substanz ihres Vermögens, des eingebrachten wie des vorbehaltenen, halten.[10] Nach einer besondern Bestimmung des preußischen Rechts wird aber auch der Ehemann aus Geschäften seiner Frau, in die er willigte, seien dies Geldschulden oder Verpflichtungen anderer Art, z. B. aus Verkäufen, verhaftet,[11] [12] wenn er diese Verhaftung bei Ertheilung der Zustimmung nicht durch besondere Verwahrung

---

5) Arg. L. R. I, 5 § 13, oben Bd. 2 § 45 bei Anm. 6 und Bd. 1 § 74 Anm. 16.

6) Entsch. des O. Trib. Bd. 14 S. 33 — Plenarbeschluß —, R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 1023. Bei Handelsgeschäften ist die Formlosigkeit der Einwilligung in Folge des Art. 317 des H. G. B. außer Frage, R. O. H. G. Bd. 2 S. 97. Einwilligung liegt offenbar in der Mitunterschrift eines Schuldscheins, eines Wechsels, sowie darin, daß der Eheman einen Wechsel auf seine Frau zieht.

7) Handelsgesetzbuch Art. 7. 8, vgl. R. G. Bd. 24 S. 40. L. R. II, 1 § 335 setzt Genehmigung des Gewerbes voraus, siehe L. R. II, 1 § 195.

8) Striethorst Archiv Bd. 60 S. 145 verlangt Schriftlichkeit der Genehmigung, dagegen mit Recht Eccius Bd. 4 § 208 Anm. 64.

9) Aus § 320 des Titels, wonach die von der Frau ohne Bewilligung des Mannes gemachten Schulden nichtig sind, ergiebt sich, daß mit Bewilligung des Mannes eingegangene Verpflichtungen für die Frau verbindend sind. Nicht im Widerspruch damit steht, daß nach § 329 des Titels der Mann für solche Schulden verhaftet wird, vielmehr erwächst hieraus dem Gläubiger ein weiteres Recht; es kann Jedes der Eheleute in Anspruch genommen werden. Dies ergiebt sich auch daraus, daß der Mann nach § 330 des Titels die Selbsthaftung ablehnen kann, vgl. Archiv für Rechtsfälle Bd. 4 S. 120, Entsch. des O. Trib. Bd. 22 S. 330 ff., ferner Johow App. Ger. Bd. 2 S. 169, R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 1022. Es versteht sich von selbst, daß von der Frau eingegangene Haushaltungsschulden, welche den Mann belasten, nicht dadurch zu Konsensschulden der Frau werden, daß ihre Eingehung mit specieller Bewilligung des Mannes geschah. Dieser Fall lag vor Entsch des O. Trib. Bd. 79 S. 22 ff., Striethorst Archiv Bd. 97 S. 106; die Motivirung spricht sich freilich gegen den von uns vertheidigten Satz allgemein aus.

10) Handelsgesetzbuch Art. 8 Abs. 2. Ueber die Zwangsvollstreckung vgl. oben § 21 Anm. 15.

11) L. R. II, 1 § 329, Präj. des O. Trib. 2360[a], Entsch. Bd. 22 S. 348, Striethorst Archiv Bd. 78 S. 132. Der Mann haftet in Folge seiner Genehmigung auch für Wechselschulden der Frau, aber nicht wechselmäßig. Siehe auch R. O. H. G. Bd. 19 S. 206. Nach altsächsischem Recht haftete das ungezweite Gut für die von der Ehefrau kontrahirten Schulden, wenn der Mann eingewilligt hatte. Agricola Gewere S. 337, Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 133 Anm. 31.

12) Ob diese Bestimmung zu den suspendirten gehöre, oder ob sie auch in der Mark gelte, ist bestritten. Das Obertribunal hat in verschiedenem Sinne entschieden.

ablehnt.[13] Treibt die Frau unter Einwilligung ihres Mannes ein besonderes Handels- oder anderer Gewerbe, welches seiner Natur nach Kredit erfordert, so wird der Mann dann nicht verbunden, wenn sich die Frau die Einkünfte des Erwerbsgeschäfts besonders vorbehielt.[14]

Die Konsensschulden sind gewöhnlich der Sache nach Schulden der Frau; der Mann kann daher, falls er den Gläubiger aus seinen Mitteln befriedigt hat, seinen Rückgriff gegen seine Frau nehmen.[15]

Soweit eine Schuld wegen Mangels der Einwilligung des Mannes ungültig ist, kann der Gläubiger von der Frau fordern, was von dem ihr Gegebenen noch vorhanden oder was in ihrem Nutzen verwendet ist.[16]

4. Ihr vorbehaltenes Vermögen vermag die Frau auch ohne Bewilligung des Mannes mit Schulden zu belasten;[17] erforderlich ist, daß die Verhaftung des vorbehaltenen Vermögens oder einzelner Bestandtheile desselben besonders vereinbart wurde. Es ist dabei aber noch zu unterscheiden. Sind vorbehaltene Objekte für die Schuld der Frau verpfändet, so können die Gläubiger ihre Rechte an ihnen auch während der Ehe geltend machen;[18] ferner können sie das vorbehaltene Vermögen während dieser Zeit angreifen, wenn der Ehemann in die Schuld gewilligt hat.[19] Andernfalls sind die Schulden der Ehefrau während der Ehe auch nicht aus dem vorbehaltenen Vermögen beitreibbar, sondern nur nach Auflösung der Ehe.[20]

5. Das Gesetz hat keine Vorsorge über die Ergänzung der Einwilligung getroffen, wenn sie der Ehemann ungerechtfertigterweise verweigert. Im Ehescheidungsprozeß kann indessen der Richter mittels des Interimistikums der Frau die selbständige Führung ihres Geschäfts verstatten. Hat sich der Mann entfernt, ohne wegen des Unterhalts seiner Familie oder des

---

Die überwiegende Meinung der Schriftsteller spricht sich dahin aus, daß hier neues, dem früheren entgegengesetztes Recht vorliege, vgl. Korn Güterrecht S. 125—26.

13) L. R. II, 1 § 330. Im Falle einer Pfandbestellung aus dem Vermögen der Frau wird der konsentirende Ehemann nicht verpflichtet, § 332 a. a. O.

14) L. R. II, 1 § 337 und zwar in der Form des § 209 L. R. II, 1, vgl. auch R. O. H. G. Bd. 24 S. 360. Das Einführungsgesetz vom 24. Juni 1861 zum deutschen Handelsgesetzbuch Art. 19 hat den § 337 ausdrücklich in Kraft erhalten.

15) Was die Frau mit dem Ertrag eines konsentirten Darlehens anschafft, wird ihr Eigenthum, Striethorst Archiv Bd. 46 S. 166.

16) L. R. II, 1 § 334.

17) L. R. II, 1 § 318. R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 1213.

18) L. R. II, 1 § 319. Es gilt dies auch für Wechselverbindlichkeiten; anders Entsch. des O. Trib. Bd. 57 S. 339. Striethorst Archiv Bd. 64 S. 321.

19) Persönlich wird der Ehemann durch seinen Konsens in diesem Falle nicht verbunden. R. G. Bd. 16 S. 259.

20) L. R. II, 1 § 619 spricht zu eng nur von dem Fall des Ablebens der Frau. Vgl. auch R. G. Bd. 4 S. 241.

Betriebs seines Gewerbes hinreichende Verfügung zu treffen, so ist die Frau ferner befugt, zu solchem Behuf auch persönliche Schulden aufzunehmen.[21]

Unmittelbar in Folge des Gesetzes, insbesondere durch Delikte,[22] wie auch in Folge nützlicher Verwendung[23] wird die Frau auch während der Ehe verpflichtet.[24]

§ 23. Gegenseitige Rechte und Pflichten.

Eine scharfe Trennung dessen, was die Ehegatten sich rechtlich schulden und was nur moralische Pflicht ist, läßt sich im Eherecht nicht durchführen und lag insbesondere der Sinnesweise der Landrechtsverfasser fern. Die Sittlichkeit fordert volle und ungetheilte Hingebung der Ehegatten, Leben und sociale Sitte begrenzt aber, was beiderseits geleistet zu werden pflegt, auf ein Durchschnittsmaß, das Recht vollends kann nur gewisse grobe Verfehlungen treffen. Wo aber Konfliktsfälle zur rechtlichen Verhandlung kommen, ist doch wieder das Gesammtverhalten der Ehegatten in Betracht zu ziehen. Einzelne vorzugsweise der Rechtssphäre angehörige Verpflichtungen sind folgende:

1. Die Ehegatten sind verbunden, zusammen ehelich zu leben, insbesondere hat der Mann zu diesem Zweck seine Frau in seine Wohnung aufzunehmen, die Frau ihm zu folgen. Zeitweilige Entfernung aus Gründen z. B. zur Herstellung der Gesundheit steht hiermit nicht in Widerspruch; in bestimmten Ausnahmefällen ist dauernde Trennung gestattet.[1]

Direkter Zwang zur Herstellung des ehelichen Lebens findet nach jetzigem preußischem Recht nicht mehr statt.[2] Klage und Verurtheilung dahin, daß

---

21) Es geht dies nicht unmittelbar aus dem hierfür angezogenen § 326 des Titels hervor; vgl. oben § 21 Anm. 31, denn er giebt der Frau nur das Recht zur Vertretung des Mannes. Wohl aber spricht für die Anerkennung persönlicher Verpflichtung der Frau ein dringendes Bedürfniß, und eine Analogie läßt sich aus § 326 wohl entnehmen. Das O. Trib. hat sich bei Striethorst Archiv Bd. 76 S. 193 hierfür ausgesprochen. Zweckmäßigerweise, denn man würde die Frau kreditlos machen, wenn die mit ihr Kontrahirenden nur Ansprüche an ihren Mann, der sie verlassen hat, erlangen könnten.

22) Striethorst Archiv Bd. 46 S. 133 ff. Eccius Bd. 4 § 208 Anm. 70a. Siehe auch oben § 21 im Text nach Anm. 18; hinsichtlich der gütergemeinschaftlichen Ehefrau unten § 37 Anm. 36.

23) Vgl. L. R. II, 1 § 324.

24) Zur Zwangsvollstreckung in das Eingebrachte der Frau wegen ihrer persönlichen Schulden bedarf es eines gegen beide Eheleute vollstreckbaren Titels, Kam. Ger. Bd. 7 S. 155, R. G. Bd. 13 S. 295, vgl. auch oben Anm. 15 a. E.

1) L. R. II, 1 § 175, vgl. oben § 18 Ziff. 2.

2) Dies hat das Justizministerium im Reskript vom 6. Oktober 1820 ausgesprochen. Auch stimmen die Gesetzrevisoren Pensum XV, Motive S. 313, Bornemann Bd. 5 S. 189, Koch zu L. R. § 685, Eccius Bd. 4 § 212 Anm. 17 hiermit überein. Nichts geändert hat R. C. P. O. § 774 Abs. 2, vgl. oben § 9 Anm. 2.

Beklagter schuldig sei, mit dem Kläger ein eheliches Leben zu führen, ist jedoch nicht schlechthin unstatthaft in dem Sinne, daß an die Zuwiderhandlung andere Rechtsfolgen, z. B. Gewährung von Geldalimenten, geknüpft werden.[3]

Dem Ehemann liegt unter Anderm ob, auch die noch zu verpflegenden und zu erziehenden Kinder einer von ihm geehelichten Wittwe aufzunehmen, da eine Trennung seiner Frau von solchen Kindern nicht zu fordern ist.[4] [5]

2. Nach Maßgabe seiner Mittel und seines Erwerbs hat der Mann seiner Frau standesmäßigen Unterhalt zu gewähren und kann hierzu klagweise angehalten werden.[6] Ob das Eingebrachte der Frau ausreicht, kommt nicht in Betracht. Der Mann kann auch nicht fordern, daß die Frau sich zunächst aus ihrem vorbehaltenen Vermögen ernähre, wenn dies nicht ausbedungen war. Der Unterhalt hat zu Hause in der gemeinschaftlichen Wirthschaft zu geschehen. Alimente außer dem Hause kann die Frau verlangen, wenn sie das Recht hat, getrennt zu leben, oder wenn sie vom Manne nicht aufgenommen wird.[7] [8]

Die Frau hat richtiger Ansicht nach die gleiche Pflicht gegen ihren Mann in Nothfällen, z. B. bei Krankheit des Mannes oder auch falls er unverschuldeter Weise ohne Arbeit und Verdienst ist;[9] dagegen ist sie, auch wenn sie ausreichendes vorbehaltenes Vermögen hat, nicht verpflichtet, ihrem Manne standesmäßigen Unterhalt zu geben, wenn er willkürlicherweise nichts verdient.[10]

---

3) Striethorst Archiv Bd. 27 S. 273 ff.

4) Striethorst Archiv Bd. 6 S. 237.

5) Die Bestimmungen von L. R. II, 1 § 178 ff. haben heutzutage nur rechtliche Bedeutung für die Frage des Rechts zur Scheidung oben § 18 Ziff. 3ª. Die ältere gemeinrechtliche Auffassung war eine andere, vgl. Curtius sächsisches Civilrecht 1, § 147.

6) L. R. II, 1 § 185 ff. Die Verpflichtung besteht auch während des Scheidungsprozesses. Das römische Recht erkannte eine klagbare Verpflichtung zum Unterhalt der Frau nicht an, vgl. l. 13 C. de neg. gest. 2, 19, wohl aber geschah dies gemeinrechtlich, Leyser vol. 5 spec. 301 med. 1.

7) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 77 S. 209, Gruchot Bd. 15 S. 130 ff., Bd. 17 S. 856.

8) Dies auch, wenn die Frau in Haft ist, sei es zur Sicherung von Privatansprüchen, sei es im Untersuchungsarrest, vgl. Koch zu L. R. II, 1 § 185.

9) O. Trib. Entsch. Bd. 59, S. 220 Striethorst Archiv Bd. 90 S. 203. Eccius Bd. 4 § 206 Anm. 20 meint „eine Alimentationspflicht der Frau ordnet das Landrecht auch nicht für die vermögende Frau gegen den unvermögenden Mann an." Speciell ist sie allerdings nicht angeordnet, weil der Fall, daß die Frau sich Vermögen vorbehalten hat, in dieser Hinsicht nicht in Betracht gezogen ist. Nach Eccius darf also das reiche Weib ihren Mann verhungern lassen. Und doch sagt L. R. II, 1 § 174 „Eheleute sind schuldig sich in allen Vorfallenheiten nach Kräften wechselseitigen Beistand zu leisten." Für die Alimentationspflicht der Frau ist auch das märkische Provinzialrecht, Scholz-Hermensdorff Bd. 2 S. 15, wie die gemeinrechtliche Theorie, mit Beziehung auf die allerdings nur die Dos betreffende l. 29 C. de jure dotium 5, 12, vgl. Glück Bd. 24 S. 392, Roth deutsches P. R. Bd. 2 S. 17.

10) Vgl. L. R. II, 1 § 809, wo Suarez mit Recht als Regel ausspricht, „der Mann muß die Frau ernähren, nicht die Frau den Mann."

3. Die Frau ist Gehülfin des Mannes. Sie hat Recht und Pflicht, seinem Hauswesen den Standesverhältnissen entsprechend vorzustehen[11] und ihn soweit thunlich in seinem Gewerbe zu unterstützen.

Ein besonderes Gewerbe oder einen Dienst außer dem Hause darf sie nur mit Zustimmung des Mannes versehen. Diese Genehmigung braucht nicht ausdrücklich oder schriftlich zu sein. Sie ist jederzeit zurückziehbar.[12] Der Mangel der Zustimmung des Mannes zu einem von der Frau ergriffenen, selbständigen Berufe rechtfertigt ein Einschreiten von Amtswegen, insbesondere durch die Polizei, gegen die Frau nicht. Es handelt sich hierbei nur um eine zwischen den Eheleuten zu erledigende Frage. Doch kann nach einer besonderen Bestimmung des Handelsgesetzbuchs die Ehefrau ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht Handelsfrau sein, also ohne dieselbe die Rechte und Pflichten eines Kaufmanns nicht gewinnen.[13]

Sechstes Kapitel.

Das eheliche Güterrecht.

A. Gütertrennung.

§ 24. Die Grundlagen.[1]

1. Trennung der Vermögen der Ehegatten und Nießbrauch und Verwaltung des Frauenguts durch den Ehemann — ehemännlicher Nießbrauch, derzeit vielfach Verwaltungsgemeinschaft genannt[2] — bildet das gemeine preußische Recht. Dies s. g. System des Eingebrachten tritt also ein, soweit es nicht in Folge partikularer Normen oder durch Vereinbarung ausgeschlossen ist. Jedoch ist das eheliche Güterrecht im Geltungsbereich des Landrechts ein buntes, theils in Folge der Erhaltung älterer lokaler

---

11) L. R. II, 1 § 194, l. 48 pr. D. de operis libert. 38, 1.

12) L. R. II, 1 § 195, Striethorst Archiv Bd. 15 S. 207. — Vgl. oben Bd. 1 § 48 Anm. 6.

13) Handelsgesetzbuch Art. 7 ff. Die juristische Tragweite der Bestimmung ist keineswegs unbestritten. Selbstverständlich können die Geschäfte einer solchen Frau Handelsgeschäfte bilden, sofern sie auch bei Frauen, welche Nichtkaufleute sind, Handelsgeschäfte wären. Ob aber auch Art. 273 und Art. 274 anzuwenden sind, ist problematisch; dafür Hahn zu Art. 276 des Handelsgesetzbuchs, Keyßner H. G. B. zu Art. 7, dagegen aber, mehr dem Gesetz entsprechend, Goldschmidt Handelsrecht Bd. 1 S. 450 Anm. 4.

1) Das in Preußen geltende eheliche Güterrecht ist auf Grund amtlicher Berichte statistisch zusammengestellt durch Neubauer im Justizministerialblatt von 1879 S. 32 ff., S. 43, das in Gesammtdeutschland geltende durch Roth deutsches P. R. Bd. 2 Abth. 1.

2) Erst in neuester Zeit bezeichnen die Germanisten das System des ehemännlichen Nießbrauchs als Verwaltungsgemeinschaft. Dem A. L. R. ist der Ausdruck fremd. Er empfiehlt sich durch Kürze, ist aber leicht irreführend.

Rechte, theils weil in mehreren Provinzen ihrem früheren Rechtszustande entsprechend allgemeine Gütergemeinschaft durch Provinzialgesetze in Geltung gesetzt wurde. Die landrechtliche Gütertrennung ist vorzugsweise herrschend in Sachsen[3] und in Schlesien,[4] in Ostfriesland und auf dem Eichsfeld sowie in der Grafschaft Niederlingen.[5] In der Mark Brandenburg besteht ein ähnliches durch Provinzialrecht bestimmtes, auf deutschem Recht beruhendes System der Gütertrennung.[6][7]

2. Die landrechtliche Verwaltungsgemeinschaft hat ihre Wurzel im älteren sächsischen Recht. Nach dem Rechte des Sachsenspiegels hatte der Ehemann als Herr des Hauses und als Vormund das Vermögen der Frau ungetrennt mit dem seinigen in der Gewere[8] und gewann an demselben freie Veräußerung. Doch band man die Veräußerung von Grundstücken der Frau, abgesehen von Fällen ächter Noth, an die Zustimmung der Frau.[9] Bei Auflösung der Ehe erhielt die Frau und ihr Erbe die eingebrachten Grundstücke zurück. Starb die Frau in der Ehe, so hatte der Mann außerdem die in der gemeinsamen Wirthschaft vorhandene Gerade, d. h. gewisse zum persönlichen Gebrauch der Frau und zum Haushalt dienende Objekte, herauszugeben, die übrigen Mobilien erbte er. Starb der Mann in der Ehe, so erhielt die Frau außer den Grundstücken und der Gerade Mußtheil, Morgengabe, versprochene Leibzucht und wie Manche annehmen, auch ihre eingebrachten Mobilien.[10] Nicht mehr vorhandenes Eingebrachte sowie Verschlechterungen waren ihr nicht zu

---

3) Verwaltungsgemeinschaft des A. L. R. besteht in dem größeren Theil der Provinz Sachsen nach den Publikationspatenten, in einigen Kreisen derselben nach dem Gesetz vom 22. Mai 1874.

4) In Schlesien hat das Gesetz vom 11. Juli 1845 die Verwaltungsgemeinschaft des A. L. R. unter Aufhebung der Provinzialrechte eingeführt. In wenigen früher märkischen Orten Schlesiens gilt märkisches Recht, siehe unten Anm. 6.

5) Ostfriesisches Landrecht, Osnabrück 1852.

6) Im größeren Theil der Provinz Brandenburg besteht Verwaltungsgemeinschaft des märkischen Rechts, vgl. Heydemann die Joachimische Konstitution 1841, Scholz-Hermensdorf Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg Bd. 2 S. 15 ff., Korn Güterrecht Buch 1. In einigen Theilen gilt die Verwaltungsgemeinschaft des A. L. R., in einigen die der Magdeburger Polizeiordnung.

7) Auch in einigen Partikeln von Westpreußen und Pommern gilt märkische Verwaltungsgemeinschaft, desgleichen in einigen Kreisen Pommerns die des A. L. R.

8) Sachsenspiegel I, 31 §§ 1 und 2. Das sächsische eheliche Güterrecht des Mittelalters ist in den Werken von v. Martitz, das eheliche Güterrecht des Sachsenspiegels und der verwandten Rechtsquellen 1867, Agrikola die Gewere zu rechter Vormundschaft, 1869, und in Schröders Geschichte des ehelichen Güterrechts in Deutschland, Theil 2 Abth. 3 1874, in umfassender Weise dargestellt. Vgl. auch Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 94 § 133 ff.

9) Ob dies schon dem älteren sächsischen Recht angehört, ist bestritten, vgl. die bei Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 133 Anm. 18 Angeführten.

10) Sachsenspiegel III, 76 § 2. Die Litteratur siehe bei Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 133 Anm. 51.

ersetzen. Schon im späteren Mittelalter unterlag dies Recht tiefgehenden Umbildungen.

3. Seit der Reception des römischen Rechts wurde das sächsische eheliche Güterrecht einer romanistischen Konstruktion unterworfen, indem man fortan das Recht des Mannes als Nießbrauch auffaßte, der Frau aber das Eigenthum an ihrem Eingebrachten zuschrieb.[11] Hiermit folgte man dem im allgemeinen Ideenkreise der Zeit wurzelnden Zuge, erweiterte aber zugleich man, was nicht übersehen werden darf, die Rechte der Frau erheblich, insbesondere bezüglich der Rückforderung ihres Eingebrachten nach Auflösung der Ehe.

4. Der ehemännliche Nießbrauch, welchen die sächsischen Juristen hiernach ausbildeten[12] und das preußische Landrecht in selbständiger Weise weiter entwickelte, ist immerhin verschieden von dem gewöhnlichen Nießbrauch.[13] Die Rechte des Mannes sind weitergehende und erstrecken sich für die Regel auch auf die Verfügung über die Substanz des Frauengutes; andererseits sind erhebliche Pflichten an seine Rechte gebunden, da die Nutzung des Eingebrachten für die Ehe zu verwenden ist, also zur Bestreitung der Lasten des gemeinsamen Haushalts und des Familienlebens.

5. Der ehemännliche Nießbrauch nimmt der Frau jeden Antheil an dem während der Ehe erwachsenden Ertrag ihres Vermögens. Die Errungenschaft ferner, welche durch die gemeinsame Thätigkeit der Ehegatten erworben wird, fällt ausschließlich dem Manne zu, während nach dem System der allgemeinen Gütergemeinschaft die Frau am Erwerb und Gewinn wie der Mann

---

11) Wir entnehmen der Dissertation von Jaeger de origine ususfructus maritalis, Halle 1872, Folgendes. Zuerst tritt uns die neue Konstruktion entgegen bei Sachs, gest. 1554, in den differentiae juris civilis et Saxonici 1, 6: jure Saxonico maritus et uxor omnia bona promiscue et aequaliter possident, habetque maritus usumfructum omnium bonorum uxoris suae. Dann sprach auch Wesenbeck Paratitla ad Pand. XXIII, 3, 11 aus „jure Saxonico parapherna sunt in usufructu mariti." Es blieb diese Auffassung seitdem Gemeingut der sächsischen Jurisprudenz. Unrichtig ist die Ansicht, daß man in Sachsen das römische Dotalrecht recipirt und umgebildet habe, wie dies u. A. Korn Güterrecht S. 20 ff. ausführt. Allerdings unterschied man Dotalvermögen und Paraphernalvermögen. Diese Unterscheidung schloß sich aber nur an pars I, const. 28 der Konstitutionen von 1572 an, wonach das eingebrachte Gut der Ehefrau vor älteren Gläubigern, die keine ausdrückliche Verpfändung für sich hatten, die Priorität haben sollte. Man bezog dies einschränkend auf das Dotalgut, worunter man verstand „das bei Beginn der Ehe Eingebrachte" im Gegensatz zu dem Paraphernalgut, d. h. dem im Laufe der Ehe Zugebrachten. Vgl. auch Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 134.

12) Das Projekt des corp. jur. Frid. p. I, lib. 2 tit. 4 hatte dem Manne gleichfalls Administration und Nießbrauch an den Paraphernalien der Frau zugestanden; eine eigentliche dos, an welcher der Mann dominium civile (§ 65) habe, sollte nur „bei ausdrücklicher Konstituirung als Brautschatz" angenommen werden.

13) L. R. II, 1 § 231 schreibt dem Mann ausdrücklich Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers zu, vergleiche aber L. R. II, 1 § 205, ferner § 247.

betheiligt ist. Dagegen bietet das System des ehemännlichen Nießbrauchs der Frau eine größere Gewähr als die Gütergemeinschaft für die Erhaltung ihres Vermögens; nur hat die neuere Gesetzgebung die besonderen Mittel der Sicherheit, welche früher der Frau gesetzlich gewährt wurden, theils abgeschwächt, theils beseitigt.

6. Viel weiter als nach dem System des ehemännlichen Nießbrauchs war die Gütertrennung im römisch-justinianischen Rechte durchgeführt. Denn hiernach blieb das Vermögen der Ehefrau grundsätzlich nicht bloß in ihrem Eigenthum, sondern auch in ihrer Verwaltung und in ihrem Genuß, die Uebertragung der Verwaltung ihres Vermögens — der s. g. Paraphernen — auf den Mann, machte diesen zum bloßen Mandatar. Nur an der ihm bestellten dos hatte er für die Dauer der Ehe Eigenthum und damit Verwaltung und Genuß. Ob dies römisch-justinianische System als gemeines deutsches Recht aufzufassen sei, ist bestritten. Viele ältere Praktiker nahmen im Gegentheil an, daß nach gemeiner Gewohnheit der Ehemann im Zweifel an den Paraphernen der Frau Nießbrauch und Verwaltung habe.[14] Auch das Obertribunal erachtete den ehemännlichen Nießbrauch als gemeines Recht Deutschlands, welches in der Regel anzuwenden sei, so lange nicht nachgewiesen, daß die Grundsätze des reinen römischen Rechts bezüglich des Paraphernalvermögens der Frau lokale Geltung hätten.[15]

§ 25. Umfang des Vermögens der Frau.

Das System der Gütertrennung bedingt zwei Hauptfragen, nämlich einmal, was gehört von dem in den Händen der Ehegatten befindlichen Vermögen dem Manne, und was der Frau? und dann, welche Befugnisse hat der Ehemann an dem Vermögen seiner Frau?

I. Das Vermögen der Frau wird gebildet aus dem, was ihr bei Abschluß der Ehe zu eigen ist und aus dem was sie während der Ehe erwirbt.[1]

---

14) Leyser spec. 302 med. XI und XIII, Hellfeld jurispr. for. § 1246. So auch Friedrich Rathmann: einige Worte über eheliches Güterrecht nach heutigem gemeinem Recht in Deutschland, Chemnitz 1859. Dagegen führt freilich Windscheid § 491 aus: „wenn sich nicht auf einem gegebenen Raum, worüber der Richter zu befinden habe, eine deutschrechtliche Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse durch Gesetzgebung oder Gewohnheit erhalten habe, müsse der Richter, wenn er nicht mit dem Satz von der Reception des römischen Rechts im Ganzen brechen wolle, das römische Recht zur Anwendung bringen. Das System der Gütereinheit könne, abgesehen davon, daß es nur eine allgemeine Richtung der Gestaltung der ehelichen Güterverhältnisse bezeichne, nicht zu Grunde gelegt werden, da die Gütergemeinschaft ein ebenbürtiges deutschrechtliches Institut sei." Wer die Reception des römischen Rechts in complexu leugnet, wird keine Veranlassung haben, das Dotalrecht, soweit es nicht partikularrechtlich recipirt ist, anzuwenden.

15) Entsch. des O. Trib. Bd. 1 S. 56 ff.

1) L. R. II, 1 § 212, unten § 29 bei Anm. 3 ff.

1. Die zugehörigen Species bleiben, auch wenn sie in die Verwaltung des Mannes kommen, Eigenthum der Frau, mag es sich um Mobilien oder Immobilien handeln. Verbrauchbare Sachen, insbesondere Gelder, gehen dagegen mit dem Augenblicke, in welchem der Ehemann den Besitz derselben erhält, in dessen Eigenthum über, da derselbe an ihnen einen Quasiususfrukt hat, so daß er fortan seiner Frau gegenüber Summenschuldner wird.[2] So lange die Frau im ausschließlichen Besitz ihrer verbrauchbaren Sachen verbleibt, wird an ihrem Eigenthum nichts verändert.[3] Inhaberpapiere der Frau bleiben in ihrem Eigenthum, auch wenn der Mann in den Besitz gesetzt ist, da sie nicht zu den „verbrauchbaren“ Dingen gehören.

Hochzeitsgeschenke werden zur Hälfte Eigenthum der Frau, zur Hälfte des Mannes, wenn sie nicht nach ihrer Beschaffenheit oder nach ausdrücklicher Erklärung nur einem der Ehegatten bestimmt waren.[4]

2. Was Erwerb und Anschaffungen während der Ehe anlangt, so sind diejenigen der Frau und die des Mannes besonders in Betracht zu ziehen.

Da die Frau Gehülfin des Mannes ist, so stellte man gemeinrechtlich den Grundsatz auf, was die Frau während der Ehe verdiene, erwerbe sie dem Manne;[5] doch beschränkte man dies meist auf den Erwerb durch die häusliche Thätigkeit und gemeine Dienste, bezog es also nicht auf s. g. artificiellen Erwerb, welchen die Frau selbständig durch Handwerk, Kunst, Wissenschaft macht. So gilt der Satz nach märkischem Provinzialrecht.[6]

Nach Landrecht soll zwar der Regel nach was die Frau in stehender Ehe durch ihre Thätigkeit erwirbt, dem Manne gehören, also selbst Verdienst aus ihrem besonderen Gewerbe.[7] Grundstücke und Kapitalien aber, welche

---

2) L. R. I, 21 § 173, oben Bd. 1 § 278 Anm. 9.

3) L. R. II, 1 § 548. Striethorst Archiv Bd. 57 S. 61.

4) L. R. II, 1 §§ 172. 754. 776.

5) Aeltere gemeinrechtliche Schriftsteller erachteten, daß die Frau per operas oeconomicas vel communes dem Manne erwerbe; Verdienst der Frau durch Gewerbe und Kunst galt dagegen als der Frau zu eigen. Glück Bd. 24 S. 388. A. M. war Ehrhardt de jure mariti in acquestum uxoris per operas artificiales Altorf 1742.

6) So Korn Güterrecht S. 107 ff., Striethorst Archiv Bd. 11 S. 356 hat nach dieser Richtung nichts entschieden. Der Frau gehört auch nach märkischem Recht ihr Erwerb durch Kunst oder Wissenschaft oder Gewerbe, jedoch nur dann, wenn sie nicht bloß als Gehülfin des Mannes ihn bei seinen Geschäften unterstützt. Betreibt sie mit dem Manne ein Geschäft der Art, daß sie Theilhaberin desselben ist, so geht der Erwerb in entsprechende Theile.

7) L. R. II, 1 § 211. Gegen die Bestimmung in ihrer Allgemeinheit wurde bei der Redaktion monirt, daß Erwerb der Frau durch ein Gewerbe nach allgemeinen Grundsätzen ihr gehören müsse. Es wurde dem in gewissem Maße nachgegeben, jedoch konkludirt: soll nur auf Grundstücke und Kapitalien eingeschränkt werden, die auf den Namen der Frau stehen. Demzufolge wurden im § 211 die Worte „der Regel nach“ eingeschoben und §§ 219, 220 des Titels, wie sie vorliegen, redigirt. Der Zweck dieser Behandlungsweise war: Streitigkeiten über den Ursprung des Vermögens bei Auflösung der Ehe möglichst entgegenzutreten. — Vgl. aber auch R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1040.

sie aus den Einkünften dieses Gewerbes angeschafft hat und auf ihren Namen schreiben ließ, erwirbt die Frau für sich. Sie bedarf zu solcher Anlage aus ihrem Erwerbe der Einwilligung des Mannes nicht.[8] Selbst Darlehen, welche sie aus den Einkünften ihres Gewerbes ihrem Ehemann gewährte, sind rechtsbeständig.

Durch formgerechten Vertrag kann ihr das Eigenthum an allen ihrem Erwerb gesichert werden, auch wenn er nicht so angelegt ist.[9]

Nur das wird dem Manne zu eigen, was die Frau durch ihre Arbeitskraft verdient. Was sie mit Kapital durch lästige Rechtsgeschäfte, z. B. durch Kauf oder Tausch, als Aequivalent ihr zugehöriger Vermögensobjekte für sich erwirbt, wird ihr zu eigen.[10] Hat sie also ihr Vermögen in einem Erwerbsgeschäft angelegt und in demselben umgesetzt, so kann der Ehemann als ihm gehörig höchstens den sich ergebenden Reingewinn beanspruchen.[11] Es macht hierbei auch keinen Unterschied, ob die Frau ihr eigenes Geld oder ob sie Geld ihres Mannes verwendet hat.[12]

Was die Frau während der Ehe durch Erbschaften, Geschenke oder unmittelbar in Folge Gesetzes erwirbt, ist natürlich ihr Eigenthum.[13]

II. Der Ehemann erwirbt seiner Frau als Verwalter des Frauengutes Eigenthum durch Rechtsgeschäfte, soweit sie im Kreise regelrechter Verwaltung liegen, und darüber hinaus mit ihrer Zustimmung.[14] Dies ohne Unterschied, ob er ihr Eingebrachtes oder eigene Mittel, sei es schenkungs- oder vorschußweise,[15] zu den Anschaffungen für sie verwendet. Grund-

8) L. R. II, 1 § 219. Schmidt Familienrecht S. 128 behauptete, es bedürfe der wenigstens stillschweigenden Bewilligung des Mannes zum Erwerb der Gründstücke und Forderungen für die Frau. Diese Ansicht hat jedoch keinen Anklang gefunden. Sie steht nicht im Einklang mit dem Text des Gesetzes, noch auch mit dessen Entstehungsgeschichte. So auch R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1040.

9) Nach Striethorst Archiv Bd. 87 S. 95, Zürn Eherecht S. 62 bedarf es hierzu der gerichtlichen Form und Zuziehung eines Beistandes nicht.

10) In der Regel gehört es zum Eingebrachten. Vgl. überhaupt Präj. des O. Trib. 702 und 1765. Striethorst Archiv Bd. 4 S. 274. R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 489 ff. R. G. Bd. 3 S. 251.

11) Striethorst Archiv Bd. 46 S. 166.

12) Striethorst Archiv Bd. 56 S. 188. R. G. Bd. 3 S. 253.

13) Vgl. unten § 29 bei Anm. 2.

14) Turnau G. B. O. Bd. 2 § 70 erklärt die Einwilligung der Frau schlechthin für überflüssig, ohne Gründe anzuführen. Er wird sich mit L. R. II, 1 § 550 ff. abzufinden haben, wonach die Frau, falls der Mann die von ihr eingebrachten Gelder auf ihren Namen auslieh, ohne ihre Einwilligung einzuholen, die Wahl zwischen Forderung baarer Rückzahlung und Uebernahme des ausstehenden Kapitals hat. Vgl. unten § 32 Anm. 7 und 8. Gemeinrechtlich erachtete man die Frau meist schlechthin als Eigenthümerin des mit ihren Mitteln Angeschafften nach l. 54 D. de jure dotium 23, 3: res, quae ex dotali pecunia comparatae sunt, dotales esse videntur, vgl. Glück Bd. 8 S. 170. Dies kann keinenfalls nach preußischem Recht gelten.

15) Ueber das Recht der Konkursgläubiger des Mannes, in Anspruch zu nehmen, was die Frau aus den Mitteln des Mannes erwarb, siehe unten § 26 Anm. 7 u. § 27 Anm. 7.

stücke, Gerechtigkeiten, Kapitalien auf Namen müssen jedoch, damit die Frau durch Geschäfte des Mannes Eigenthum erhält, im Grundbuche auf ihren Namen geschrieben sein.[16][17]

Hat der Ehemann anstatt eingebrachter beweglicher Sachen, welche während der Ehe verdarben oder unbrauchbar wurden, andere angeschafft, so treten sie von Rechtswegen in das Eigenthum der Frau, da das Mobiliar als Sachgesammtheit anzusehen ist, welche der Ehemann einer natürlichen Pflicht entsprechend im Stande hält und ergänzt.[18]

§ 26. Freigebigkeiten unter Ehegatten.

I. Nach römischem Recht waren Schenkungen unter Ehegatten nichtig, sofern sie eine dauernde Bereicherung des Beschenkten bezweckten und herbeiführten. Es bezog sich dies jedoch nicht auf Schenkungen von Todeswegen. Außerdem konvalescirten aber auch Schenkungen unter Lebenden, wenn der Schenker vor dem Beschenkten starb, ohne widerrufen zu haben.[1] Diese Ungültigkeit der Schenkungen gilt noch da, wo das landrechtliche Eherecht suspendirt ist.[2]

II. Nach Landrecht sind Schenkungen unter Ehegatten gültig.[3] Es soll aber bei den der Frau von ihrem Manne gegebenen, zum Schmuck oder zur Pracht dienenden Gegenständen, die Vermuthung für bloße Leihe sein.[4]

---

16) L. R. II, 1 § 240. Werden Grundstücke auf den Namen beider Eheleute geschrieben, so werden beide Miteigenthümer zu gleichen Theilen.

17) Das Obertribunal Entsch. Bd. 33 S. 401 will den § 240 auch auf Inhaberpapiere, insbesondere Pfandbriefe anwenden. Es erkennt zwar an, daß die gesetzliche Bestimmung wörtlich genommen bei Pfandbriefen, weil dieselben auf den Inhaber lauteten, nicht ausführbar seien; im Sinne und Geiste des Gesetzes aber, welches die Sicherheit des mit dem Ehemanne geschäftlich verkehrenden Publikums bezwecke, sei, damit der im Auftrag der Ehefrau aus ihrem Vermögen angekaufte Pfandbrief auch dritten Personen gegenüber Eigenthum der Ehefrau werde, unerläßlich, auf demselben „in irgend einer Weise" das Eigenthum der Ehefrau zu bemerken. Diese Analogie erscheint uns nicht zutreffend; es handelt sich um singuläre Sätze. Im Wesentlichen handelt es dabei, auf wessen Namen Eintragungen im Grundbuch geschahen. Lauteten sie auf den Mann, so kann dies allerdings das Publikum täuschen. Anders steht es mit Pfandbriefen, die im Geldschrank verwahrt sein werden.

18) L. R. II, 1 §§ 559, 560 und I, 2 § 18, vgl. oben Bd. 1 § 60 z. A., § 64 Anm. 14 z. E.

1) Tit. Dig. de donationibus inter virum et uxorem 24, 1; Cod. 5, 16. Savigny System Bd. 4 § 162 ff.

2) So für die Mark, Korn, Güterrecht S. 65 ff. Anderer Ansicht ist Scholtz-Hermensdorff Provinzialrecht Bd. 2 S. 30 ff. Nach römischem Recht sind solche Schenkungen nichtig, die Gläubiger können sie als solche behandeln. Hiernach könnten sie sich die Widerrufsrechte des Schenkers in Gemäßheit von R. C. P. O. § 730 ff. § 746 ff. überweisen lassen. Dies will jedoch auch Korn a. a. O. S. 72 nicht gelten lassen.

3) L. R. II, 1 § 310. Ueber die Form vgl. oben § 7 Anm. 9.

4) Vgl. L. R. II, 1 § 316. Nach Korn Güterrecht S. 61 gilt dies in der Mark nicht. — Vgl. jedoch auch unten § 28.

Schenkungen und Liberalitäten unter Ehegatten sind immerhin den Gläubigern des Schenkers gegenüber nur in beschränktem Maße rechtsbeständig.

a) Die Konkursgläubiger haben ein Anfechtungsrecht gegenüber den vom Gemeinschuldner innerhalb 2 Jahre vor Eröffnung des Verfahrens dem Ehegatten gemachten Freigebigkeiten.[5] Das entsprechende Recht steht außerhalb des Konkurses den Gläubigern vollstreckbarer Forderungen im Fall der Unzulänglichkeit des Vermögens ihres Schuldners zu, falls dieser seinem Ehegatten in den letzten 2 Jahren vor der Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs solche Zuwendungen machte.[6]

b) Es kann weiter die Konkursmasse in Anspruch nehmen, was eine Ehefrau während der Ehe mit den Mitteln des Gemeinschuldners erwarb. Sie hat zu beweisen, daß ihr Erwerb während der Ehe nicht mit den Mitteln des Mannes geschah.[7 8] Hierdurch werden vorzugsweise liberale

5) Nach L. R. II, 1 § 312 konnten im Konkurse Schenkungen unter Ehegatten ohne Unterschied der Zeit widerrufen werden. Nach dem Anhang § 74 sollten nur innerhalb dreier Jahre vor dem Konkursverfahren gemachte Geschenke widerruflich sein. Die Konkursordnung von 1855 § 103 Ziff. 3 hob die Zeitbeschränkung wieder auf, die Reichskonkursordnung § 25 Ziff. 2 begränzt wieder die Anfechtung auf Schenkungen innerhalb zweier Jahre.

6) Reichsgesetz vom 21. Juli 1879 betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens, § 3 unter 4, vgl. oben Bd. 2 § 132 Ziff. 3c.

7) Reichskonkursordnung § 37. Dieser Satz ist keineswegs folgerecht und bereitet der Auslegung und Anwendung erhebliche Schwierigkeiten. Er ist nicht folgerecht. Wenn beispielsweise der Mann seiner Frau unmittelbar ein Grundstück schenkt, so ist ihr Eigenthum — gemäß § 25 Ziff. 2 R. K. O. — nach zwei Jahren nicht mehr der Anfechtung der Konkursgläubiger des Mannes unterworfen; hat aber die Frau des Gemeinschuldners ein Grundstück vor vielen Jahren von einem Dritten gekauft, es wurde ihr aufgelassen, die Zahlung geschah aber aus den Mitteln des Mannes, so nimmt die Konkursmasse das Grundstück in Anspruch. — Was Erwerb mit den Mitteln des Mannes ist, wird zudem vielfach zweifelhaft werden. Wie im Texte ausgeführt ist, kann es nicht darauf ankommen, ob das Eigenthum der gezahlten Gelder zufällig dem Manne gehörte, sondern, ob er aus seinem Vermögen etwas für die Frau aufgegeben hat. Immerhin hat diese Auslegung den Wortsinn nicht für sich. Man wird ferner fragen müssen, wie sich die Sache gestaltet, wenn ein Gegenstand theilweise aus den Mitteln des Mannes erworben ist. Entscheidet der Umstand, von wem die größere Summe herkommt? Es wird dies wohl anzunehmen sein. Die Frau ferner hat die geringe Anzahlung auf ein Grundstück aus eigenen Mitteln geleistet, dasselbe wird ihr darauf hin aufgelassen; die bedeutenden Restkaufgelder aber hat der Mann später aus seinen Mitteln gezahlt. Hat die Frau das Grundstück mit den Mitteln des Mannes erworben? Wir werden dies verneinen. Aber umgekehrt, der Mann hat die geringe Anzahlung für die Frau aus seinen Mitteln gemacht, die Frau den ganzen Restkaufschilling aus ihren Mitteln berichtigt. Hier wird sie ein Retentionsrecht wegen des Ausgelegten haben. Andere Ansichten siehe bei Wilmowski R. O. § 37 Anm. 6. Hat endlich die Bestimmung Anwendung auf vor dem Inkrafttreten derselben gemachten Erwerb? Sie erscheint im Gewand eines prozessualischen Rechtssatzes, enthält aber einen sehr einschneidenden Satz des materiellen Rechts, weshalb ihr die Rückwirkung auf frühere Verhältnisse zu versagen ist. Vgl. noch unten § 27 Anm. 7.

8) Für Gläubiger außerhalb des Konkurses gilt der Satz nicht, sie sind auf die Anfechtungsklagen verwiesen. Dabei haben sie die Verwendung aus den Mitteln des Mannes zu beweisen. R. G. Bd. 4 S. 251.

Zuwendungen betroffen, wenn auch keineswegs allein, da die Absicht des Ehemannes nicht in Betracht genommen wird. Was ist aber Erwerb mit den Mitteln des Mannes? Unserer Ansicht nach ist allein entscheidend, ob der Mann um des Erwerbes der Frau willen eine Minderung seines Vermögens vornahm. Denn wenn er aus seiner Kasse Gelder gab, so hat er doch nichts aus seinen Mitteln geleistet, falls er der Frau eine entsprechende Summe schuldete oder ihr zur Anschaffung verpflichtet war oder von ihr später Ersatz erhielt. Dagegen geschah der Erwerb aus seinen Mitteln auch dann, wenn er, ohne hierfür Deckung erhalten zu haben, sich dem Veräußerer eines für die Frau willkürlich angeschafften Gegenstandes persönlich verpflichtet hat.

Was der Mann seiner Frau zum standesgemäßen **Unterhalt** an Kleidern oder anderen Sachen aus seinen Mitteln gegeben hat, unterliegt der Anfechtung der Gläubiger nicht[9] und ist auch nicht in die Konkursmasse einzuziehen. Denn dies hat der Mann in Folge einer Verpflichtung gewährt. Es ist Erfüllung einer Schuld, keine Schenkung.

§ 27. Vermuthung gegen die Frau.

Wird es streitig, was von den Gütern der Ehegatten dem Manne und was der Frau zugehört, so hat der Besitz nicht das Gewicht, welches ihm sonst zukommt. Denn bei der Gemeinsamkeit der Wirthschaft und des Lebens läßt sich häufig nicht leicht darthun, welcher der Ehegatten den Eigenthumsbesitz hat; sollte dies aber auch nachweisbar sein, so wird man eine Vermuthung für das Eigenthum des Inhabers auf denselben hier nicht füglich gründen. Es treten daher bei der Aussonderung die rechtlichen Momente in den Vordergrund. Namentlich sind von Bedeutung Anerkenntnisse des Eigenthums des einen Ehegatten gegen den andern;[1] dann ist zu beachten, ob ein Grundstück oder ein Recht an demselben auf den Namen eines der Ehegatten oder eines Rechtsvorfahrs desselben eingetragen steht. Natürlich ist aber nach allgemeinen Grundsätzen ein derartiges Anerkenntniß oder eine Eintragung anfechtbar, so namentlich Seitens der Gläubiger mit der s. g. actio Pauliana.

---

9) L. R. II, 1 §§ 314, 315. Hat die Frau solche Objekte mit Geld des Mannes erworben, so können sie durch die Konkursmasse gleichwohl nicht in Anspruch genommen werden, wenn unsere Auffassung des § 37 der Reichskonkursordnung richtig ist; denn danach ist, was der Mann in Folge einer Verpflichtung leistet, im Rechtssinn keine Aufwendung aus seinen Mitteln.

1) Nach L. R. II, 1 § 260 war zum Beweise der geschehenen Einbringung gegen die Gläubiger des Mannes die Quittung desselben allein nicht hinreichend. Dies hat — Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 14 Ziff. 2 — derzeit keine Gesetzeskraft mehr. Es entscheidet richterliches Ermessen — R. C. P. O. § 259 —, welches in der Regel zu demselben Ergebnisse gelangen wird.

1. Fehlt es an jenen Mitteln, den Rechtszustand prima facie festzustellen, so hat die s. g. **Mucianische Präsumtion** einzutreten. Diese Präsumtion, im römischen Recht zu beschränkten Utilitätszwecken aufgestellt, wurde gemeinrechtlich der Art verwerthet, daß man Alles, was die Ehegatten thatsächlich innehaben, so lange dem Manne zutheilt, bis die Ehefrau ihr Eigenthum darthut.[2] Im preußischen Landrecht ist sie zwar nicht in allgemeiner Form ausgesprochen, aber trotzdem anzuwenden, da sie in der Natur der Sache wurzelt und ihre Beseitigung bei der Redaktion des Gesetzes nicht beabsichtigt war.

Gilt sie aber nur für das, was im Hause der Ehegatten, in ihrem gemeinsamen Gewahrsam sich findet, oder auch bezüglich dessen, was die getrennt lebende Ehefrau ausschließlich besitzt? Man wird nach preußischem Recht für das erstere zu entscheiden haben.[3]

Die Vermuthung giebt die Grundlage für die Auseinandersetzung nach Trennung der Ehe, sie kommt aber auch während der Ehe zur Anwendung. Insbesondere ist dies der Fall bei Konflikten der Frau mit Gläubigern des Mannes.

Die Lage ist dabei verschieden, je nachdem Sachen der Frau in der Gewahrsam ihres Ehemannes, oder in ausschließlichem Besitze der Frau sind, was namentlich der Fall ist, wenn sie sich thatsächlich getrennt hat. Im ersten Falle können die Gläubiger des Mannes jene Sachen pfänden, die Frau muß interveniren und ihr Eigenthum hierbei gegenüber der Präsumtion darthun. Im zweiten Falle können die Gläubiger nur den Anspruch des Mannes auf **Herausgabe** jener Sachen als angeblich diesem gehörig pfänden.[4] Nicht

---

2) l. 51 D. de don. i. v. et u. 44, 1 . . quod non demonstratur, unde habeat, existimari a viro ad . . . eam pervenisse, evitandi autem turpis quaestus gratia circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse, vgl. l. 6 C. eod. 5, 16. Ueber die gemeinrechtliche Entwicklung siehe Tenge im Archiv für c. Pr. Bd. 45 S. 305. — Bestritten ist gemeinrechtlich, ob die Vermuthung auch Platz greife, wenn ein lediger Mann eine haussässige Wittwe heirathete. Glück Bd. 26 S. 219, vgl. auch Korn Güterrecht S. 50 ff.

3) Vgl. L. R. II, 1 § 544. Suarez äußerte in der rev. monitorum — Gesetzrevision Pens. 15 S. 149 — „wenn es nicht erhellt, so tritt die nirgends aufgehobene Rechtsvermuthung quae in domo mariti sunt, praesumuntur esse mariti in Wirkung.“ Vgl. auch Korn Güterrecht S. 48. Unbestritten ist die Vermuthung im preußischen Recht keineswegs. Unsere früheren Auflagen gaben ihr auf Grund des gemeinen Rechtes eine größere Tragweite als nunmehr geschieht. — Vgl. noch Kam. Ger. Bd. 4 S. 59.

4) Die Praxis schwankte bisher. Korn Güterrecht S. 53 bezeugt für die Zeit vor Inkrafttreten der R. C. P. O., daß bei dem Stadtgericht Berlin konstant wegen der Ansprüche an den Mann die Zwangsvollstreckung in Wohnungen ihrer Frauen, welche getrennt von ihnen lebten, vollstreckt wurde und der Frau, wenn sie das Eigenthum an den aus ihrem Besitz abgepfändeten Sachen beanspruchte, nur die Intervention blieb. Wie dem auch sei, die Reichscivilprozeßordnung § 712 fordert zur Pfändung körperlicher Sachen, daß sie im Gewahrsam des Schuldners befindlich sind. Es ist daher, namentlich wenn die Frau thatsächlich getrennt lebte, nach R. C. P. O. § 745 ff. der

anders steht es im Falle des Konkurses des Mannes. Auch hier wird der thatsächliche Besitz der Frau geachtet.[5]

2. Nach dem Vorbilde des französischen Rechts hatte die preußische Konkursordnung das Recht der Frau, Objekte aus der Masse als ihr zugehörig in Anspruch zu nehmen, durch einschneidende singuläre Sätze beschränkt.[6] Die Reichskonkursordnung hat dies nicht aufgenommen. An die Stelle ist der oben berührte Rechtsatz getreten, wonach die Ehefrau des Gemeinschuldners Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen kann, wenn sie beweist, daß dieselben nicht mit den Mitteln des Gemeinschuldners erworben sind.[7]

Diese Bestimmung hat eine materiellrechtliche und eine prozessualische Tragweite. Sie ergiebt den weittragenden materiellrechtlichen Satz, daß der Erwerb einer Frau während der Ehe trotzdem, daß die regelmäßige Form der Uebereignung gewahrt ist, gegenüber den Konkursgläubigern des Mannes nur Kraft hat, wenn der Erwerb nicht aus dessen Vermögen geschah.[8] Sie hat aber auch weiter prozessualisch die Folge, daß sich die regelmäßige Beweislast umkehrt, indem nicht die Konkursmasse den Erwerb aus dem Vermögen des Mannes nachzuweisen, vielmehr die Frau darzuthun hat, aus welchen

---

Anspruch auf Herausgabe der Sache zu pfänden und dem Gläubiger der Anspruch zur Einziehung nach § 736 zu überweisen. So auch Eccius Bd. 4 § 208 Anm. 37. Vgl. auch Falkmann bei Gruchot Bd. 35 S. 490 und 494. Korn Güterrecht S. 53 will jedoch auch unter der Herrschaft der R. C. P. O. auf Grund der praesumtio Muciana unmittelbar Pfändung gestatten.

5) Nach der preußischen Konkursordnung § 90 sollten Sachen und Forderungen, welche von der Ehefrau des Gemeinschuldners erworben oder auf ihren Namen geschrieben waren, an die Konkursmasse überwiesen werden; erhob die Frau nicht binnen einer gewissen Frist Widerspruch, so konnte die Konkursmasse zur Veräußerung schreiten. Dies ist nach der Reichskonkursordnung weggefallen. Gestattet zwar der Besitz, äußern die Motive S. 184, auf die Rechtmäßigkeit des Erwerbes keinen Schluß und auf die Beweislast keinen Einfluß, so muß doch der Besitz thatsächlich geachtet werden; sollte in der That die Ehefrau und nicht der Ehemann sich im Besitz eines Gegenstandes befinden, so muß der Konkursverwalter gegen sie auf Herausgabe desselben zur Konkursmasse klagen.

6) Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 88 ff. Die Bestimmungen hatten ihr Vorbild im code de commerce art. 547, 550 und im französischen Fallimentsgesetz vom 28. Mai 1838 art. 559, 562. Es konnten in Folge derselben die Gläubiger der Frau unter Andern den Erwerb, welchen sie durch einen selbständigen Gewerbebetrieb während der Ehe gemacht hatte, schlechthin entziehen und der Konkursmasse einverleiben.

7) Reichskonkursordnung § 37. Die hier aufgestellte Präsumtion ist, isolirt betrachtet, durchaus unzureichend. Der Entwurf beabsichtigte den allgemeinen, viel weiter gehenden Satz: „die Ehefrau muß nachweisen, daß sie den beanspruchten Gegenstand nicht mit den Mitteln des Gemeinschuldners erworben hat“, vgl. Motive zur Konkursordnung S. 181. Durch die Einschiebung der Worte: „welche sie während der Ehe erworben hat,“ ist aber der Sinn verdunkelt. Ein befriedigendes Ergebniß ist hiernach nur zu gewinnen, wenn man die Mucianische Präsumtion auch für das preußische Recht als geltend annimmt.

8) Darüber oben § 26 Anm. 7.

Mitteln der Erwerb geschah. Dies gilt auch für Grundbuchrechte, die auf ihren Namen geschrieben sind. Vorbedingung ist aber, damit diese Umkehrung der Beweislast eintritt, daß Erwerb während der Ehe feststeht.

Die Mucianische Präsumtion ist daneben nicht zu entbehren. Denn sie zwingt die Frau darzuthun, daß und wann sie erworben habe.

§ 28. Vorbehaltenes Vermögen.[1]

I. Gehen wir zur Frage über, welche Rechte der Mann am Frauengut hat, so ist zu unterscheiden das vorbehaltene Vermögen — die s. g. Receptizgüter —, auf welches sich das Nießbrauchsrecht des Mannes nicht erstreckt, und das Eingebrachte — die Illaten —, welches dem Nießbrauche des Mannes untersteht.

Vorbehaltenes Vermögen entsteht theils unmittelbar nach Gesetz, theils durch Rechtsgeschäft.

1. Die Morgengabe, sowie die zum alleinigen Gebrauch der Frau bestimmten Sachen, gehörten bereits nach märkischem Provinzialrecht dem vorbehaltenen Gut der Frau an.[2] Das Landrecht ist ihm hierin gefolgt.

a) Die Morgengabe ist eine Vermögenszuwendung, welche alter Sitte gemäß der Ehemann der Ehefrau am Morgen nach der Brautnacht gewährt, oder schon, wie meist geschieht, als Morgengabe im Ehevertrag zusagt. Sie gilt nicht als Schenkung, sondern als lästiges Geschäft, weil sie mit Rücksicht auf die Ehe geleistet wird, unterliegt daher nicht der Anfechtung der Schenkungen.[3] Zum Vorbehaltenen wird sie gerechnet,[4] weil dies als der freigebigen Absicht des Ehemannes entsprechend gilt. Der Anspruch auf die versprochene Morgengabe wird übrigens nach dem Landrecht mit der Leistung des Versprechens erworben; er ist nicht, was man als gemeinrechtlich ansieht, abhängig vom Tode des Mannes.[5]

---

1) L. R. II, 1 §§ 206 ff., 221 ff., 248 ff., 545 ff. Vgl. auch v. Kräwel bei Gruchot Bd. 4 S. 388.

2) Siehe hierüber die Ausführung von Korn, Güterrecht S. 59 ff. Koch freilich behauptet zu § 206 des Titels, es handle sich um neu erfundene Bestimmungen. Ueber das ältere Recht der Morgengabe vgl. Schröder eheliches Güterrecht Bd. 2 Abth. 3 S. 332 ff. Nach lübischem Recht gilt die Morgengabe als Eingebrachtes. Wilmowski Lübisches Recht in Pommern § 44 n. 2.

3) Striethorst Archiv Bd. 10 S. 20. Vgl. aber R. O. H. G. Bd. 21 S. 292, Eccius Bd. 4 § 208 Anm. 6, Zürn Eherecht S. 66 Anm. 18.

4) L. R. II, 1 § 207. — Die Morgengabe hat die Eigenschaft des Vorbehaltenen nur gegenüber dem schenkenden Ehegatten. Bei einem Uebergang zur weiteren Ehe ist jene Gabe nur ein Theil des Gesammtvermögens der Frau, so daß sie zu den Illaten zu rechnen ist, wenn sie nicht vertragsmäßig vorbehalten wird. Kräwel a. a. O. Bd. 4 S. 388.

5) Entsch. des O. Trib. Bd. 12 S. 304. Anders nach der historischen Entwicklung, vgl. Schröder eheliches Güterrecht Bd. 2 Abth. 3 S. 337.

b) Es ist ferner auch nach Landrecht gesetzlich vorbehalten, was zum alleinigen Gebrauch der Frau seiner Beschaffenheit nach bestimmt ist,[6] z. B. Frauen-Kleidungsstücke, Leibwäsche, Putzsachen, mögen sie aus dem Vermögen der Frau stammen oder ihr vom Manne aus seinen Mitteln angeschafft sein.[7]

2. Die Eigenschaft des Vorbehaltenen können weiter alle Vermögenstheile durch formgerechten, zwischen den Ehegatten geschlossenen Vertrag gewinnen;[8] sie kann in gleicher Art Geschenktem oder Vererbtem durch eine Verfügung des Schenkers oder Erblassers aufgedrückt werden.[9] Es ist auch möglich, daß das Gesammtvermögen der Frau zum Receptizgut gemacht wird.

Was die Frau von den Einkünften des vorbehaltenen Vermögens erspart, wächst diesem Vermögen zu,[10] ebenso, was sie als Surrogat für vorbehaltene Vermögensstücke erwirbt.

II. In Ansehung des vorbehaltenen Vermögens hat die Frau Verwaltung und Veräußerungsrecht,[11] sowie Gebrauch und Nutzgenuß.

---

6) L. R. II, 1 § 206, cfr. l. 45 D. de legatis III.

7) Wie weit seine Gläubiger im letzteren Falle ein Anfechtungsrecht haben, ergiebt oben § 26 Anm. 9, § 27 bei Anm. 7. Ueber die besondere Bestimmung, daß vom Manne seiner Frau zum Schmuck gegebene Objekte als geliehen gelten, vgl. oben § 26 Anm. 4 und unten Anm. 11.

8) L. R. II, 1 §§ 208. 209. Wird der bezügliche Vertrag vor der Ehe eingegangen, so muß er gerichtlich oder notariell, beziehungsweise vor dem Dorfgericht, geschlossen werden, während der Ehe bedarf es der gerichtlichen Form unter Zuziehung eines Beistandes der Frau, vgl. oben § 7 Ziff. 1 und 2 sowie bei Anm. 6 das. Verzicht des Mannes auf Verwaltung und Nießbrauch macht das Frauengut noch nicht zum Vorbehaltenen. Striethorst Archiv Bd. 99 S. 148 ff. — anders Eccius Bd. 4 § 208 Anm. 7 — wohl aber „Ausschließung jeglichen Verfügungsrechtes des Ehemannes". Es wird übrigens die Eigenschaft des Vorbehaltenen auch durch Verjährung begründet werden können.

9) L. R. II, 1 § 214. Ob die Bestimmung des Testamentes, wonach eine Zuwendung an eine Frau Vorbehaltenes sein soll, nur die zeitige Ehe betrifft oder auch eine spätere, ist Auslegungsfrage. Sie wird im Zweifel in letzterem Sinne zu beantworten sein, da man eher annehmen muß, daß die Bestimmung aus Zutrauen und Liebe zur Frau, als aus Abneigung gegen deren Ehemann getroffen ist. So auch Kräwel a. a. O. S. 389.

10) L. R. II, 1 § 217. L. R. II, 1 § 218 ist nicht präcis; es soll nur ausgedrückt werden, daß der Frau die Beweislast obliegt.

11) L. R. II, 1 § 221. Der Einwilligung des Mannes bedarf es nicht. Im § 223 wird gesagt: es soll über Juwelen, Gold, Silber und andere, bloß zur Pracht bestimmte Sachen, ohne Unterschied, ob sie zum vorbehaltenen Vermögen gehören oder nicht, Niemand mit einer Frau, ohne Vorbewußt des Mannes, in Pfand- oder Veräußerungsverträge sich einlassen. Vorbewußt ist nicht identisch mit Einwilligung des Mannes. Auch ist keineswegs, wie Manche annehmen — Schmidt Familienrecht S. 138 —, die Veräußerung solches Vorbehaltenen ohne Kenntniß des Mannes ungültig. Die juristische Bedeutung der Vorschrift ist darin zu suchen, daß, wer im Glauben, Vorbehaltenes von der Frau zu erwerben, Kostbarkeiten, die zu den Illaten oder zum Vermögen des Mannes gehören, erwirbt, die Rechte eines redlichen Erwerbers nicht hat. In der Mark gilt L. R. II, 1 § 223 nicht, Korn Güterrecht S. 61.

Bezüglich des gesetzlich Vorbehaltenen steht das Klagerecht den Ehegatten gemeinschaftlich, bezüglich des vertragsmäßig Vorbehaltenen der Ehefrau allein zu.[12] Ist sie minderjährig, so werden ihre Rechte durch ihren Vormund gewahrt. Die Frau kann ihr Vorbehaltenes mit Schulden belasten.[13] Verpflichtungen der Frau, z. B. die Verbindlichkeit zur Alimentation von Verwandten oder Deliktsschulden, sind in erster Linie aus dem vertragsmäßig Vorbehaltenen zu entrichten.

Die Eigenschaft des Vorbehaltenen soll bei Grundstücken, sowie bei Hypothekenkapitalien im Grundbuch eingetragen werden, widrigenfalls der Mann gegenüber gutgläubigen Dritten dieselbe Verkehrslegitimation hat, wie bezüglich des nichtvorbehaltenen Vermögens seiner Frau.[14]

Kosten und Lasten des gesetzlichen Receptizguts trägt der Mann, wenn die Frau nicht vertragsmäßig Vorbehaltenes hat, aus dem sie bestritten werden können. Kosten und Lasten des vertragsmäßigen Receptizgutes fallen der Frau zur Last.[15]

Macht sich die Frau in Ansehung des gesetzlich Vorbehaltenen eines unwirthschaftlichen Benehmens verdächtig, so steht dem Manne frei, Maßregeln dagegen zu treffen, namentlich dasselbe eigenmächtig in seine Gewahr-

---

12) L. R. II, 1 § 230, A. G. O. I, 1 §§ 16, 19. Bezüglich des gesetzlich Vorbehaltenen greift R. C. P. O. § 51 Abs. 2 wohl nicht ein, denn die Theilnahme des Mannes am Klagerecht ist ein materielles Recht; es handelt sich nicht bloß um die Prozeßlegitimation. Anders Mandry Archiv f. civ. Prax. Bd. 65 S. 134 Anm. 3. Vgl. unten § 54 bei Anm. 14.

13) Vgl. oben § 22 bei Anm. 17.

14) L. R. II, 1 § 216 bestimmt: Sollen Grundstücke oder Kapitalien, welche nach gesetzlicher Bestimmung zum Eingebrachten gehören, durch solche Verträge die Eigenschaft des Vorbehaltenen auch in Beziehung auf einen Dritten erlangen, so müssen sie auf den Namen der Frau geschrieben werden. Offenbar genügt aber das Letztere nicht, es muß die Eigenschaft als Vorbehaltenes vermerkt werden. Zur Eintragung der Eigenschaft des Vorbehaltenen im Grundbuch ist erfordert der Nachweis des über diese Eigenschaft unter den Ehegatten formgerecht geschlossenen Vertrags. Soweit für Eheverträge Gerichtlichkeit erfordert ist, genügt notarielle Anerkennung der Eigenschaft des Vorbehaltenen durch den Mann nicht, Johow Jahrb. d. App. Ger. Bd. 5 S. 113. Handelt es sich um Erwerb aus vorbehaltenem Vermögen — L. R. II, 1 § 217 ff. —, so bedarf es vor der Eintragung als Vorbehalt der Anerkennung jener Thatsache durch den Mann vor Gericht oder Notar. Was die Kapitalien anlangt, so ist zunächst an Hypothekenkapitalien gedacht, doch mag man die Bestimmung auch auf andere, verbriefte Forderungen bezogen haben. Da bezüglich der Grundstücke die Veräußerung, Verpfändung und dauernde Belastung auch bei Illaten an die Zustimmung der Frau gebunden ist, so kann die Bestimmung des § 216 für Grundstücke nur Bedeutung gewinnen bezüglich anderer vom Ehemanne eingeräumter Rechte. Die Gläubiger des Mannes, welche die Einkünfte eines vorbehaltenen Grundstücks der Frau wie die eines eingebrachten in Anspruch nehmen, können durch den Nachweis jener Eigenschaft, auch wenn der Eintrag nicht erfolgte, zurückgewiesen werden. Entsch. des O. Trib. Bd. 48 S. 174. Nach Korn Güterrecht S. 58 gilt L. R. II, 1 § 216 in der Mark nicht.

15) L. R. II, 1 §§ 228, 229.

sam zu nehmen.[16][17] Hiervon abgesehen, kann der Mann die Frau in der Verwaltung ihres vorbehaltenen Vermögens nur durch Entmündigung wegen Verschwendung einschränken lassen.[18]

Hat die Frau ihr vorbehaltenes Vermögen ganz oder theilweise in die Verwaltung oder sonstige Verfügung ihres Mannes gegeben, so hat sie gegen ihn dieselben Rechte, wie bezüglich ihres Eingebrachten; namentlich wird ihr der Mann in gleichem Maße wegen Verschuldung verantwortlich.[19] Eine derartige Uebertragung der Verwaltung ist jederzeit widerruflich.

Der Mann, welcher sich der Verfügung über das Vorbehaltene ohne Wissen oder wider Willen der Frau anmaßte, wird ihr wie ein unredlicher Besitzer verantwortlich.[20] Hat der Mann vertragsmäßig vorbehaltenes Gut veräußert, so bleibt der Frau zwar dessen Vindikation, sie muß es jedoch nach allgemeinen Grundsätzen vom unverdächtigen Erwerber einlösen; wer aber vom Manne gesetzliche Receptitien der Frau kauft, hat die Vermuthung des redlichen Erwerbs nicht für sich und daher in der Regel kein Recht auf Erstattung des ausgelegten Kaufpreises.[21]

Der Mann kann aus dem vorbehaltenen Vermögen seiner Frau eine entsprechende Ergänzung des Eingebrachten fordern, wenn sich dieses durch verschwiegene voreheliche Schulden oder durch die Vindikation von Objekten vermindert hat, welche die Frau wissend, daß sie ihr nicht gehörten, als ihre eigenen in die Ehe brachte.[22] Dieser Anspruch gründet sich auf den Dolus der Frau, ist also ein außerkontraktlicher, der kurzen Verjährung unterliegender.[23]

§ 29. Das Eingebrachte, Umfang.

1. Alle Bestandtheile des Vermögens der Frau, welche nicht dem gesetzlich oder vertragsmäßig Vorbehaltenen zugehören, haben die Eigenschaft

16) L. R. II, 1 § 224. Nach Eccius Bd. 4 § 208 A. a. E. hat der Mann auf Herausgabe zur gerichtlichen Verwahrung zu klagen! — Der märkische Ehemann nach Korn S. 62 wegen des gesetzlich Vorbehaltenen kein besonderes Recht.

17) Nach R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 488 darf die Frau ihr gesetzlich Vorbehaltenes wider den Willen des Mannes aus der ehelichen Wohnung nicht wegnehmen.

18) Vgl. L. R. II, 1 § 225. Statt § 227 des Titels treten derzeit die Bestimmungen der Vormundschaftsordnung ein, wonach der Mann zum Vormund ernannt werden kann, unten § 81 bei Anm. 9.

19) L. R. II, 1 § 547. Auch nach der l. 11 C. de pactis conventis 5, 14 haftete der Mann, welchem die Verwaltung von Paraphernalgeldern Seitens der Frau übertragen war, nur für diligentia quam in suis rebus, wie bei Verwaltung von Dotalsachen.

20) L. R. II, 1 § 546.

21) L. R. II, 1 §§ 249, 250. Mehr wird man aus diesen Paragraphen nicht herauslesen dürfen.

22) L. R. II, 1 §§ 339, 340.

23) So mit Recht Eccius Bd. 4 § 208 Anm. 12. Koch zu § 339 will den Anspruch aus der Gewährleistung ableiten; es ist aber das Einbringen kein Rechtsgeschäft, wie Koch meint, es vollzieht sich ipso jure mit dem Eheschluß, L. R. II, 1 § 205.

des Eingebrachten.[1] Es ist nicht erfordert, daß sie bereits in die Gewahrsam des Mannes getreten sind, ja nicht einmal, daß die Frau in deren Besitz gelangt ist. Es gehört z. B. ein der Frau zugefallenes, noch nicht geleistetes Vermächtniß, eine angefallene noch nicht in Besitz genommene Erbschaft der Frau, zum Eingebrachten.[2]

2. Eingebrachtes ist, was der Frau zur Zeit der Eheschließung gehörte, wie dasjenige was sie während der Ehe für sich erwirbt.

Dem Eingebrachten wird insbesondere auch zugerechnet, was die Frau während der Ehe durch Erbschaft, Geschenke, Glücksfälle bekommt, z. B. durch Lotteriegewinn.[3] Letzterer selbst dann, wenn die Frau mit den von ihrem Mann ihr gegebenen Wirthschaftsgeldern für eigene Rechnung gespielt hat; derartiger Gewinn wird nicht etwa Eigenthum des Mannes, die Frau ist vielmehr nur zum Ersatz des Einsatzgeldes verpflichtet.[4] Fraglich ist, ob der Lotteriegewinn dann zum Eingebrachten gehört, wenn die Frau mit vorbehaltenen Geldern gespielt hat. Man pflegt dies schlechthin anzunehmen.[5] Indessen wird man den Vertrag über den Vorbehalt beachten müssen. Hat sich die Frau jeglichen Erwerb während der Dauer der Ehe vorbehalten, so gehört etwaiger Lotteriegewinn nicht zum Eingebrachten.

3. Das Eingebrachte bildet ein besonderes Vermögen, welchem die vorehelichen Schulden der Frau zugehören. Die vorehelichen Gläubiger können sich daher ebensowohl an die Illaten der Frau halten als an deren vorbehaltenes Vermögen. Der Mann hat, obgleich er deren persönlicher Schuldner nicht wird, die Zwangsvollstreckung in das seiner Verwaltung unterstellte Vermögen seiner Frau zu dulden.[6] Das Gleiche gilt bezüglich der Schulden, welche die Frau während der Ehe gültigerweise verpflichten, insbesondere der gesetzlichen und Deliktsschulden, sowie der konsentirten.

---

1) L. R. II, 1 §§ 205, 210.

2) R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 749, Eccius Bd. 4 § 208 Anm. 26. Der Ehemann wird natürlich seiner Frau wegen solcher Gegenstände nicht verantwortlich, die sie ihm vorenthält.

3) L. R. II, 1 § 212. Vgl. aber auch oben § 25 bei Ziff. 1 und 2.

4) L. R. I, 13 §§ 62, 63 finden keine Anwendung, denn die Frau ist, da sie zum Spielen keinen Auftrag hat, nicht Bevollmächtigte des Mannes, Simon, Rechtssprüche des O. Trib. Bd. 1. S. 305 ff.

5) Dies ist die Ansicht des Gesetzrevisors, — Bornemann Bd. 5 S. 78 Anm. 4. Koch zum § 212 des Titels —, und zwar um die Spielsucht der Frauen einzuschränken.

6) Vorausgesetzt ist, daß der Mann darauf verklagt und verurtheilt ist, diese Vollstreckung in das Frauengut zu dulden, vgl. oben Bd. 1 § 287 besonders bei Anm. 4. R. G. Bd. 6 S. 397 verwirft mit Unrecht die Klage, so lange nicht feststeht, ob der Mann sich widersetzen wird, und daß die Frau eignes Vermögen besitzt. Vgl. hiergegen Bähr Urtheile des Reichsgerichts S. 161. Siehe auch Eccius Bd. 4 § 208 Anm. 26, Falkmann bei Gruchot Bd. 35 S. 507.

Vermindert wird das Eingebrachte auch durch die Ansprüche, welche der Mann während der Ehe wegen Auslagen und Verwendungen erlangt. Es gelten hierbei die allgemeinen Grundsätze des Nießbrauchs, so daß in der Regel schriftliche Einwilligung der Frau erfordert wird.[7] Das Vormundschaftsgericht kann diese Einwilligung bei offenbar vortheilhaften Verbesserungen ergänzen.

§ 30. Rechte des Ehemannes am Eingebrachten.[1]

I. Die Rechte des Mannes als Nießbraucher und Verwalter des Frauenvermögens sind im Einzelnen folgende.

1. Der Mann hat Anspruch auf die Gewahrsam des eingebrachten Vermögens, er erlangt in Folge derselben unvollständigen Besitz, die Frau ihrerseits behält den vollständigen Besitz an ihrem in der Hand des Mannes befindlichen Gut. Beide Theile können also gegen einander possessorisch klagen.[2]

2. Der Nießbrauch vom Eingebrachten seiner Frau wird zum Bestandtheil des Vermögens des Ehemannes.[3] Auf dem Nießbrauch ruht aber die Verpflichtung gegen die Frau, ihr und den mit ihr erzeugten Kindern den nach Verhältniß des Standes nothwendigen Unterhalt zu gewähren.[4]

Die Erträgnisse einer der Frau zustehenden lebenslänglichen Rente, Pension oder eines Altentheils werden dem Manne zu eigen; die Ehefrau ist daher nach Auflösung der Ehe nicht befugt, die während der Ehe von ihrem Ehemanne erhobenen Rentenbeträge und Altentheilsprästationen als eingebrachtes Kapitalvermögen heraus zu verlangen.[5]

Die Gläubiger des Mannes können sein Nutzungsrecht am Frauengut zu ihrer Befriedigung in Anspruch nehmen, so lange er den an jenes Recht geknüpften Verpflichtungen gegen die Frau Genüge leisten kann.[6] Daher gebührt im Fall des Konkurses des Ehemannes der Konkurs-

---

7) L. R. II, 1 § 586 ff. macht hiervon besondere Anwendung auf Verbesserungen der eingebrachten Grundstücke der Frau. Die Bestimmungen sind kasuistisch. Die Einwilligung der Frau in die Verbesserungen soll entweder gerichtlich, oder schriftlich unter Zuziehung eines nahen Verwandten oder wirthschaftskundigen Beistandes geschehen. Hat der Mann mit dem Grundstück früher getrennte Bestandtheile vereinigt, so kann er Kostenersatz schlechthin fordern; hat er sonst ohne Einwilligung der Frau Grundstücke zugekauft, so hat er das Recht, sie zurückzunehmen oder gegen Ersatz des derzeitigen Sachwerths der Frau zu überlassen.

1) L. R. II, 1. § 231 ff.

2) Es gelten dieselben Grundsätze, wie beim gewöhnlichen Nießbrauch, oben Bd. 1 § 282 Ziff. 2.

3) L. R. II, 1 § 231.

4) L. R. II, 1 § 256. Auch in der Mark R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 970.

5) Striethorst Archiv Bd. 49 S. 270, Bd. 56 S. 345. Bolze Bd. 7 S. 601.

6) L. R. II, 1 § 257. R. G. Bd. 1 S. 136. Anders wenn der Mann böswillig den Unterhalt versagt. Bolze Bd. 11 S. 767. S. 368.

masse die Ausübung seines Nießbrauchs am Vermögen seiner Ehefrau während der Dauer des Verfahrens. Aus den Nutzungen kann jedoch der Gemeinschuldner die Mittel zu seinem angemessenen Unterhalt und zur Erfüllung seiner gesetzlichen Verpflichtungen hinsichtlich der Erhaltung der Frau und Erhaltung und Erziehung der Kinder als Masseschuld beanspruchen.[7] Auch einzelne Gläubiger können die Ausübung des ehemännlichen Nießbrauchs im Wege der Zwangsvollstreckung für sich in Anspruch nehmen und zu diesem Zweck die Anordnung einer Verwaltung beanspruchen.[8] Ausgenommen sind hiervon aber die eingebrachten Mobilien, d. h. Möbel, Hausrath und Geräthschaften.[9] Meist werden sich Einzelgläubiger mit einer Pfändung bestimmter Einkünfte begnügen.[10][11]

3. Der Ehemann hat die Verwaltung des Frauenguts.[12] Er handelt dabei als Vertreter der Frau. Persönlich wird er nicht verpflichtet, wenn dem Mitkontrahenten erkennbar war, daß er als Vertreter seiner Frau handelte.

Der Ehemann ist berechtigt, auf seine Kosten die Substanz des Vermögens zu verändern, und namentlich auch an Grundstücken Umgestaltungen vorzunehmen, durch welche deren Ertrag vermehrt oder wenigstens nicht dauernd verringert wird.[13] Dagegen darf er, ohne Zustimmung seiner Frau Verfügungen nicht treffen, welche die Substanz verschlechtern, z. B. einen Forst unwirthschaftlich abholzen.[14] Wegen derartiger Maßnahmen kann die Frau schon während der Ehe die geeigneten Hinderungsmittel ergreifen, wie auch Herstellung des früheren Zustandes fordern.

---

7) R. K. O. § 1 Abs. 2 vgl. preuß. Konkursordnung § 93. Die R. K. O. spricht nur von einem Recht des Mannes, aber auch die Frau ist zweifellos legitimirt, das für sie und ihre Kinder Erforderliche von der Konkursmasse zu beanspruchen.

8) R. C. P. O. § 754. Vgl. über die verschiedenen Ansichten Falkmann bei Gruchot Bd. 35 S. 496.

9) Deklaration vom 7. April 1838 § 3. L. R. I, 2 §§ 18, 15.

10) Die Frau kann gegenüber der Zwangsvollstreckung interveniren, wenn sie darthut, daß durch dieselben ihr und ihrer Kinder Unterhalt beeinträchtigt wird. Es ist nicht erfordert, daß sie vorher dem Mann wegen dieses Umstandes den Nießbrauch entzieht. O. Trib. Bd. 71 S. 52 und dort angeführte Reskripte, R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 891.

11) Nur der Nießbrauch des Ehemannes geht, der Ausübung nach, auf die Gläubiger über, nicht die ehemännliche Gewalt und das sich hieraus ergebende Genehmigungsrecht zu Schulden und Verpfändungen der Frau.

12) L. R. II, 1 § 205.

13) Allerdings spricht sich das Landrecht hierüber nicht aus. Aus der einfachen Bezugnahme des § 231 L. R. II, 1 auf die Grundsätze des Nießbrauchs scheint zu folgen, daß L. R. I, 21 § 25 ff. Anwendung zu finden hätten, daß also dem Manne das Recht der Veränderung der Substanz ohne Zuziehung der Frau nicht zustünde. Nach der historischen Gestaltung des Verhältnisses, ferner mit Rücksicht darauf, daß dem Manne auch die Verwaltung überwiesen ist, und nach der Gesammtheit der landrechtlichen Bestimmungen wird man sich aber der entgegengesetzten Ansicht anzuschließen haben, Bornemann Bd. 5 S. 92, R. G. Bd. 13 S. 293.

14) Striethorst Archiv Bd. 89 S. 272.

Zur Verpachtung und Vermiethung eingebrachter Objekte für die Zeit der Ehe bedarf der Mann nicht der Zustimmung seiner Frau.[15]

Was das Recht des Ehemannes zu Veräußerungen betrifft, so war altes sächsisches Recht, daß der Mann an der Fahrniß das Veräußerungsrecht hatte, bei Veräußerung der Grundstücke aber an die Zustimmung der Frau gebunden war.[16] Bezüglich der Forderungen, die im Lauf der Zeit zu einem immer wichtigeren Vermögenstheil wurden, machte sich die Tendenz geltend, die selbständige Verfügungsmacht des Mannes zu beschränken.[17] Nach Landrecht bestehen folgende Sätze.

Ueber die eingebrachten Mobilien, also Möbel, Hausrath und Geräthschaften, hat der Mann nach Außen hin volle Verfügung;[18] er kann sie beliebig veräußern oder verpfänden.[19] Es war streitig geworden, ob auch die Gläubiger des Mannes im Wege der Zwangsvollstreckung aus den Mobilien der Ehefrau ihre Befriedigung suchen könnten, indem sie das Verfügungsrecht ihres Schuldners für sich ausübten. Die Verordnung vom 7. April 1838 hat ihnen aber eine derartige Befugniß abgesprochen und die Interventionsklage der Ehefrau in solchen Fällen für begründet erklärt.[20]

---

15) Präjudiz des O. Trib. 1796. Streitig ist, ob der Ehemann die Befugniß hat, die eingebrachten Objekte seiner Ehefrau auch über die Zeit seines ehemännlichen Nießbrauchs hinaus zu vermiethen und zu verpachten. Hierfür beruft man sich auf das Verwaltungsrecht des Ehemannes, sowie darauf, daß er seine Ehefrau und die häusliche Gemeinschaft zu vertreten habe. Die Gründe der entgegengesetzten Ansicht sind, daß der Ehemann in Folge seines Rechts an dem Frauengut, nicht aber als Vertreter seiner Frau vermiethe und verpachte, daß daher der allgemeine Grundsatz resoluto jure concedentis resolvitur jus accipientis Platz greife — L. R. I, 19 § 33 — daß also die Bestimmung von L. R. I, 21 § 388 — konform der l. 9 § 1 D. locati conducti 19, 2 — zur Anwendung zu kommen habe, wonach der Nachfolger den Mieth- oder Pachtkontrakt zu den gesetzlichen Kündigungsterminen zu kündigen befugt ist, wenn der Verpächter oder Vermiether nur auf Lebenszeit oder sonst auf Zeit das Verfügungsrecht über die Sache hat. Diese letztere Auffassung hat das O. Trib. Entsch. Bd. 26 S. 138 ff. und sonst öfter angenommen und zu der in der Praxis herrschenden gemacht. Der Miether oder Pächter bedarf daher, um sicher zu gehen, der Einwilligung der Ehefrau. Hat er ohne solche dem Ehemann praenumerando gezahlt, so hat er kein Zurückhaltungsrecht gegenüber der Ehefrau, Striethorst Archiv Bd. 78 S. 305 ff. — Bezüglich der Gütergemeinschaft vgl. unten § 37 bei Anm. 2.

16) Vergl. oben § 24 Ziff. 2.

17) Es hat dies im bürgerl. Gesetzbuch des Königreichs Sachsen § 1677 dahin geführt, daß die Erhebung und Einklagung von Forderungen der Frau allgemein an ihre Einwilligung gebunden wurde. Vgl. überhaupt Roth deutsches P. R. Bd. 2 §. 139 Anm. 8.

18) L. R. II, 1 § 247. Anders das B. G. des Königreichs Sachsen §§ 1674, 1675. Vgl. Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 139 Anm. 5.

19) Ueber seine Verpflichtung gegenüber der Frau im Fall einer Veräußerung ohne deren Zustimmung siehe unten § 32 unter 3.

20) Das Obertribunal hatte schon vorher, Entsch. Bd. 2 S. 196, in gleichem Sinn entschieden. Die entgegengesetzte Ansicht hatte Suarez, siehe Bornemann Bd. 5 S. 94.

Ob dem Mann das volle Verfügungsrecht auch für andere Bestandtheile des Mobiliarvermögens der Frau, insbesondere für Inhaberpapiere und nicht auf den Namen der Frau geschriebene Forderungen zusteht, erscheint nach dem Gesetze als zweifelhaft. Die Praxis hat die Frage im bejahenden Sinn gelöst.[21]

Dagegen ist der Ehemann nicht befugt, Grundstücke und eintragungsfähige Gerechtigkeiten, z. B. auch eine Superficies, ohne ausdrückliche Einwilligung seiner Frau zu veräußern, zu verpfänden oder mit einer bleibenden dinglichen Last zu beschweren.[22] Es kann ferner der Mann Kapitalien, welche auf den Namen der Frau oder ihrer Rechtsvorfahren geschrieben sind, ohne deren Bewilligung nicht einziehen, kündigen, veräußern oder verpfänden.[23][24] Das

---

21) Nicht auf den Namen der Frau geschriebene Forderungen unterliegen weder den gesetzlichen Grundsätzen über Immobilien, noch über Mobilien vgl. L. R. I, 2 §§ 7, 18. Man könnte daher aus L. R. II, 1 § 231 schließen, daß der Mann nur die Stellung eines gewöhnlichen Nießbrauchers habe und das Kapital nicht antasten dürfe. Da aber L. R. II, 1 § 233 die Zustimmung der Frau nur zur Disposition des Ehemanns über Forderungen verlangt, die auf den Namen der Frau oder ihrer Rechtsvorfahren geschrieben sind, so ergiebt sich argumento a contrario, daß solche Zustimmung bei anderen Forderungen nicht nöthig ist. Dies wird noch unterstützt durch A. G. O. I, 1 §§ 19, 23, wonach der Mann zu gerichtlichen Verhandlungen über Kapitalien, die nicht auf den Namen der Frau geschrieben sind, der Zuziehung und Einwilligung der Frau nicht bedarf, so daß er folgerecht auch zu selbständigen außergerichtlichen Verfügungen legitimirt sein muß. Striethorst Archiv Bd. 24 S. 74. Ueber Papiere auf den Inhaber vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 63. Es wird übrigens dort angenommen, daß der Mann auf Grund seines Verwaltungsrechts nicht befugt sei, dem Vormund der Frau die Rechnungslegung über die vor der Verheirathung geführte Verwaltung ihres Vermögens einseitig zu erlassen. Nur bei Forderungen, die in quali und quanto feststünden und nicht auf den Namen der Frau geschrieben sind, bestehe die freie Verfügung des Mannes.

22) L. R. II, 1 § 232. Es genügt zur Umschreibung im Grundbuch Einwilligung der Frau in den Formen von G. B. O. §. 33. Persönlich muß sich die Frau bei der Auflassung nicht betheiligen. Ebenso genügt die authentische Einwilligungserklärung des Mannes, wenn die Frau ihr Grundstück aufläßt. Während die augusteische lex Julia de adulteriis die Veräußerung italischer Dotalgrundstücke an die Zustimmung der Frau knüpfte und nur die Verpfändung schlechthin verboten hatte, erklärte Justinian Dotalgrundstücke schlechthin als während der Ehe unveräußerlich auch mit Zustimmung der Frau, eine Bestimmung, die total unpraktisch war; pr. J. quibus alienare licet 2, 8. Gemeinrechtlich ließ man Veräußerung unter Zustimmung der Frau zu, jedenfalls wenn sie eidlich bekräftigt (cap. 28 X. de jurej. 2, 24) oder wiederholt wurde, Glück Bd. 25 S. 417, oder wenn die Zustimmung der Obrigkeit eingeholt war. Auch Duldung des Ehemannes kann dem Grundstück seiner Frau keine bleibende Last auflegen, R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 930.

23) Vgl. L. R. II, 1 § 233. Unter Kapitalien sind zu verstehen Forderungen, die behufs einer Kapitalanlage ausgethan sind. Der Anspruch auf die noch ausstehende Valuta einer von der Frau übernommenen Darlehnsschuld oder Grundschuld, oder eines Wechsels kann zu den Kapitalien in dem Sinn, um den es sich hier handelt, nicht gerechnet werden.

24) Das Gesetz gedenkt zwar im § 233 der Kündigung nicht besonders. Da aber nach § 379 der Ehemann selbst bei allgemeiner Gütergemeinschaft das selbständige Kündigungsrecht nicht hat, so muß es dem Ehemann auch bei der bloßen Verwaltungs-

gilt nicht bloß von hypothekarischen, sondern auch von bloß persönlichen Forderungen, wenn die Schuldurkunden auf den Namen der Frau oder ihrer Vorfahren gestellt sind, z. B. Sparkassenbücher. Auch Inhaberpapiere, welche unter dem Namen der Frau oder ihrer Rechtsvorfahren außer Kurs gesetzt sind, gehören zweifelsohne hierher. Zinsenrückstände — auch voreheliche — sind zu den Kapitalien im Sinne des Gesetzes nicht zu rechnen.

Die Bewilligung der Frau muß schriftlich und speciell sein.[25]

Die Frau ist gebunden, die Bewilligung zu der Verfügung des Mannes zu ertheilen, falls diese durch eine die Substanz betreffende nothwendige Ausgabe erfordert ist;[26] bei Kapitalien auch, wenn sie unsicher wurden, oder der Schuldner kündigt oder der Mann sie höher nutzen kann, wobei aber Voraussetzung ist, daß der Mann das Kapital bei einem Andern oder bei sich selbst gegen hinlängliche Sicherheit belegt. Die zu Unrecht verweigerte Einwilligung der Frau ist durch das Vormundschaftsgericht zu ergänzen.[27]

Hat der Ehemann gesetzwidrig Kapitalien ohne Zustimmung seiner Frau eingezogen, so hat sich die Frau zuvörderst an den Mann zu halten. Den Schuldner darf sie nur insoweit in Anspruch nehmen, als sie von ihrem Manne nicht befriedigt werden kann.[28]

Zur Klage über Grundstücke der Frau und auf ihren oder ihres Rechtsvorfahrs Namen geschriebene Kapitalien ist der Ehemann nur mit Zustimmung der Frau befugt. Bezüglich des übrigen Eingebrachten ist er selbständig legitimirt.[29]

Wenn der Ehemann eingebrachte Kapitalforderungen der Frau mit deren Zustimmung einzieht, so thut er dies nur als Verwalter des Frauenguts. Es können ihm daher richtiger Ansicht nach eigene Schulden hierbei nicht zur Kompensation entgegengestellt werden. Seinerseits kann er solche Forderungen der Frau nur mit deren Bewilligung zur Kompensation benutzen. Auch in allem Uebrigen regelt sich das Kompensationsrecht mit Schulden des einen Ehegatten gegen Forderungen des andern nach allgemeinen Grundsätzen.[30]

---

gemeinschaft, die geringere Befugnisse giebt, entzogen sein. Die Zustimmung der Frau zur Kündigung kann nach Präj. des O. Trib. 1095 formlos sein. Vgl. jedoch Eccius Bd. 4 § 208 Anm. 39.

25) Entsch. des O. Trib. Bd. 19 S. 423, R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 116, siehe aber auch Anm. 24; — unten § 37 Anm. 4.

26) L. R. II, 1 § 234.

27) L. R. II, 1 § 235 ff.

28) L. R. II, 1 § 243 ff.

29) L. R. II, 1 § 245, welcher die Klagelegitimation des Ehemannes bezüglich der Substanz des Eingebrachten allgemein an die Zustimmung der Frau knüpft, wird durch A. G. O. I, 1 §§ 19, 22 eingeschränkt. Ergänzung der Einwilligung der Frau durch das Vormundschaftsgericht nach L. R. II, 1 § 239, tritt auch bei Klagen des Mannes ein. Ueber die Klaglegitimation der Frau vgl. oben §. 21 Anm. 15.

30) Vgl. hierüber L. R. I, 16 § 336 ff. Gruchot Bd. 4 S. 15 ff. Dernburg Kompensation § 41.

Im Rechte des Ehemannes zur Verwaltung liegt die Befugniß zu freigebigen Verfügungen und Entsagungen, z. B. auf eine Erbschaft nicht; ebenso wenig ist die Frau zu Entsagungen ohne Bewilligung ihres Mannes befugt.[31] Pflichttheilsansprüche seiner Frau kann der Ehemann nicht einseitig geltend machen. Er ist durch sein Verwaltungsrecht nicht ermächtigt, seine Frau der Art zu verbinden, daß er sie persönlich mit Schulden belastet.[32] Die ehemännliche Vormundschaft ist eine sachliche.

Die Eigenschaft des Mannes als Verwalters des Frauenguts hindert nicht, daß er voreheliche Forderungen, welche ihm gegen seine Frau zustehen, aus ihrem Vermögen einzieht und sogar gegen sie einklagt.[33] Dieselben Rechte hat der Mann auch dann, wenn er voreheliche Schulden für sie berichtigt hat und hierdurch an die Stelle des abgefundenen Gläubigers getreten ist.[34]

Das Nießbrauchsrecht des Ehemanns an einem eingebrachten Objekt erlischt, wenn dasselbe durch ihn oder mit seiner Zustimmung veräußert wird. Denn sein Recht ist daran gebunden, daß das fragliche Objekt die Eigenschaft des Eingebrachten behält.

II. Das Landrecht hat die Rechte des Ehemanns am Eingebrachten wesentlich beschränkt, wenn die Ehefrau noch minderjährig und unter Vormundschaft war.[35] Nach den Bestimmungen des Landrechtes gebührt dem Manne zwar auch in diesem Fall der Nießbrauch, die Verwaltung jedoch nur in beschränktem Maße. Die Substanz bleibt der Aufsicht des Vormundes und des Vormundschaftsgerichts unterworfen; jede rechtliche Veränderung der Substanz ist vom Vormundschaftsgericht abhängig, dasselbe hat den Ehemann zu hören. Baare Gelder und ausstehende Kapitalien sind dem Ehemanne in der Regel nur gegen hypothekarische Sicherheit in die Hände zu geben.[36]

Ob diese Rechtssätze nach Inkrafttreten der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 noch gelten, kann zweifelhaft erscheinen.[37] Die Praxis hat sich für die Bejahung entschieden.[38]

---

31) arg. L. R. I, 9 § 389.

32) Wenn daher der Ehemann Vermögensgegenstände seiner Frau ohne deren Zustimmung veräußert, so trifft ihn in der Regel allein die Gewährschaftspflicht.

33) Entsch. des O. Trib. Bd. 32 S. 83.

34) Striethorst Archiv Bd. 61 S. 1. Dies auch wenn die Berichtigung aus den Einkünften des Eingebrachten erfolgte. R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 491. Der Ehemann, welcher von seiner Frau Zahlung verlangt, kann der Kompensation mit einer zum eingebrachten Vermögen gehörigen Forderung gegen ihn nicht widersprechen. Striethorst Archiv Bd. 86 S. 4.

35) Vgl. L. R. II, 18 § 736 ff.

36) Anders jedoch falls die Mündel an einen „Kaufmann" im Sinne des Lebens, nicht des Handelsgesetzbuchs verheirathet ist.

37) Dagegen Dernburg Vormundschaftsrecht § 87, Löwenstein, Vormundschaftsordnung § 102. Rehbein und Reincke zu L. R. II, 18 § 736.

Ist der Ehemann minderjährig, so wird sein Verwaltungsrecht durch seinen Vormund ausgeübt, sein Genehmigungsrecht zu Handlungen seiner Ehefrau ist dagegen als an seine Person gebunden nicht vom Vormund auszuüben. Verpflichtet wird er aber durch seinen Konsens nicht persönlich.

§ 31. Rechte der Ehefrau am Eingebrachten.[1]

1. Auch während der Ehe kommen der Ehefrau bezüglich des Eingebrachten diejenigen Rechte und Pflichten zu, welche sich an das nackte Eigenthum oder auch an den vollständigen Besitz knüpfen. Die Frau ist hiernach legitimirt zu Klagen auf Anerkennung ihres Rechts und auf Herausgabe des Eingebrachten, soweit ihr nicht die aus dem Nießbrauch ihres Mannes entspringenden Beschränkungen entgegenstehen;[2 3] umgekehrt sind Klagen gegen sie zu richten, welche Rechte auf die Substanz des Eingebrachten zur Geltung bringen sollen.[4] Die Ehefrau kann namentlich Grundstücke und Gerechtigkeiten vindiciren, welche ihr Mann ohne ihre Zustimmung veräußert hat.[5]

2. Der Frau steht weiter das Recht zu, auf ihren und ihrer Kinder standesgemäßen Unterhalt[6] aus dem Eingebrachten zu klagen, wenn derselbe vom Mann willkürlich versagt wird.[7] Ist ihr der Unterhalt dadurch verkümmert, daß Gläubiger des Mannes den Nießbrauch in Beschlag nehmen, so kann sie interveniren und durch den Nachweis dieser Thatsache den Gläubigern entgegentreten.[8]

Wird der Frau aber der Unterhalt um deswillen nicht gewährt, weil der Mann hierzu nicht mehr im Stande ist, so erwirbt sie das Recht,

---

38) Beschlüsse des Berliner Stadtgerichts n. 9 bei Johow Appel. Ger. Bd. 5 S. 279. Kam. G. Bd. 11 S. 75. Auch R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 897 ff. hat wenigstens § 745 A. L. R. II, 18 noch zur Anwendung gebracht. Eccius Bd. 4 § 208 Anm. 56.

1) L. R. II, 1 § 254 ff.

2) Vgl. oben § 21. Hierher gehören Feststellungsklagen, sowie Interventionsklagen, wenn ihr Eingebrachtes von den Gläubigern des Mannes gepfändet wurde.

3) Verfügungen der Ehefrau über ihr Eingebrachtes z. B. Veräußerungen, Verpfändungen, Vorrechtseinräumungen, Miethsverträge werden durch — auch formlose — Einwilligung des Ehemannes gültig. Ohne solche sind sie nichtig. R. O. H. G. Bd. 25 S. 269. Vgl. auch oben § 30 Anm. 24.

4) Striethorst Archiv Bd. 14 S. 38.

5) L. R. I, 15 § 7.

6) L. R. II, 1 § 256 — in der Mark nicht suspendirt, R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 970.

7) L. R. II, 1 § 712. Die Ehefrau ist zur Rückforderung des Eingebrachten nicht berechtigt, wenn ihr Mann ihr den Unterhalt versagt, obgleich er zu dessen Gewährung im Stande ist, Entsch. des O. Trib. Bd. 68 S. 29, Striethorst Archiv Bd. 86 S. 162. Das Recht der Zurückforderung entsteht nach L. R. II, 1 § 258 nur, falls der Mann den Unterhalt zu gewähren nicht vermögend ist.

8) Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 52.

das Eingebrachte zu eigener Nutznießung und Verwaltung zurückzufordern,[9] der Ausbruch des Konkurses über den Mann ist hierzu nicht erfordert. Andererseits genügt die Eröffnung des Konkurses über den Mann nicht, um den Gläubigern den Nießbrauch zu entziehen, so lange der Frau der Unterhalt gewährt wird.[10] Nach Beendigung des Konkurses fällt die Verwaltung und die Nutzung des Eingebrachten an die Frau.[11] Es gilt dies nicht bloß für das aus dem Konkurs Gerettete, sondern auch für später der Frau zukommendes Vermögen.[12] Aus den Einkünften muß der Unterhalt des Mannes und der mit ihm erzeugten Kinder besorgt werden. Auch ist die Frau in diesem Fall denselben Einschränkungen von Seiten des Mannes unterworfen, welche sonst bei der Verwaltung des Mannes Seitens der Frau stattfanden. Gelangt der Mann wieder in bessere Vermögensumstände und hatte der Konkurs nicht in dessen Nachlässigkeit oder Verschwendung seinen Grund, so gebührt ihm wieder die Verwaltung oder der Nießbrauch des Eingebrachten der Frau.

2. Das frühere preußische Recht hatte die Sicherungsmittel, welche das römische Recht der Frau wegen Rückerstattung ihrer Dos in so reichlichem Maße zutheilte, zu einem erheblichen Theil auf die Verhältnisse des Eingebrachten übertragen.

Der Frau stand hiernach außer einem Pfandrechtstitel ein Vorrecht im Konkurse des Mannes zu,[13] die preußische Konkursordnung vom 8. Mai

9) L. R. II, 1 § 258. R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 970; gleichfalls nicht suspendirt. Vgl. über die Zurückforderung der dos, wenn der Mann in Vermögensverfall gerieth, l. 22 § 8, l. 24 pr. D. sol. matr. 24, 3, l. 29, l. 30 C. de jure dot. 5, 12. Das Zurückforderungsrecht tritt nicht ein, so lange der Frau der nothwendige Unterhalt, zu dem der Mann nicht mehr im Stande ist, von Dritten, insbesondere Seitens der Gläubiger des Mannes gewährt wird. Präj. des O. Trib. 75. Die Rückforderungsklage ist gegen den Mann zu richten; das auf Grund derselben ertheilte Erkenntniß kann auch den Gläubigern des Mannes, welche später die Illaten zu ihrer Befriedigung verlangen, entgegengesetzt werden. Haben die Gläubiger dagegen die Revenüen des Eingebrachten bereits mit Beschlag belegt, so kann die Frau die Aufhebung der Beschlagnahme nur dadurch erwirken, daß sie ihr Recht auch gegen die Gläubiger klagweise geltend macht, Striethorst Archiv Bd. 36 S. 304.

10) Vgl. oben § 30 Ziff. 2.

11) L. R. II, 1 § 261 ff. Einführungsgesetz zur Konkursordnung von 1855 Art. VIII hat § 266—268 aufgehoben.

12) Striethorst Archiv Bd. 18 S. 104.

13) Die Ehefrau hatte nach römischem Recht unter den Personalgläubigern ein privilegium exigendi l. 17 § 1, l. 18, l. 19 pr. D. de rebus a. judicis 42, 5, ferner seit Justinian ein gesetzliches und privilegirtes Pfandrecht behufs Rückgabe ihrer dos; l. un. C. de rei uxoriae a. 5, 13, l. 12 C. qui pot. in pignore 8, 18. Auch nach der A. G. O. I, 50 § 406 hatte die Ehefrau in Ansehung ihres Eingebrachten allgemein das Vorrecht der vierten Klasse, insofern sie nicht die noch vorhandenen Effekten vindicirte oder durch Eintragung ihres Pfandrechtstitels einen Platz in dritter Klasse erhalten hatte.

1855 erkannte dasselbe aber nur noch an beim Konkurs eines Nichtkaufmanns,[14] die Reichskonkursordnund hat das Vorrecht schlechthin beseitigt.

b) Dagegen hat sich erhalten ein Anspruch auf Pfandrechtsbestellung. Es hat die Frau die Befugniß, innerhalb eines Jahres nach dem Beginn der Verwaltung des Mannes wegen des Eingebrachten auf dessen Grundstücke eine Kautionshypothek eintragen zu lassen.[15][16] Erwirbt der Mann später Grundstücke, so läuft die Frist von deren Erwerb an.[17] Die Frist beginnt für jedes Grundstück besonders, die Versäumniß für das eine Grundstück steht der rechtzeitig nachgesuchten Eintragung auf das andere nicht entgegen. Es genügt, daß der Antrag auf Eintragung der Hypothek beim Grundbuchamt innerhalb der Frist und, sofern der Ehemann die Bewilligung zur Eintragung nicht ertheilt, die Erhebung der Klage auf Bewilligung innerhalb derselben gestellt wird.[18]

c) Die Ehefrau hat ferner — auch nach Ablauf des Jahres — Anspruch auf Sicherstellung, wenn sich Umstände ereignen, welche die wahrscheinliche Besorgniß eines bevorstehenden Verlustes begründen.[19] Es

---

14) Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 80 Abs. 2.

15) L. R. II, 1 § 254 bestimmte: wenn der Mann Grundstücke besitzt, so kann die Frau auch ohne besondere Einwilligung desselben die wegen ihres Eingebrachten ihr zukommenden Rechte in dem Hypothekenbuche vermerken lassen. Das Einführungsgesetz zur Konkursordnung vom 8. Mai 1855 beschränkte diesen gesetzlichen Titel zum Pfandrecht dahin, daß die Ehefrau nur die Befugniß habe, ihre Ansprüche wegen des gesetzlich in die Verwaltung des Mannes gekommenen Vermögens innerhalb eines Jahres nach dem Beginn der Verwaltung des Mannes in das Hypothekenbuch über die Grundstücke desselben eintragen zu lassen. Vgl. oben Bd. 1 § 320 Anm. 11. Eine entsprechende Bestimmung hat das Preußische Ausführungsgesetz zur Konkursordnung vom 6. März 1879 § 4 für die Landestheile außerhalb des Geltungsbereichs der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 getroffen.

16) Dem Cessionar der Frau spricht den Anspruch auf Sicherstellung ab, Entsch. d. O. Trib. Bd. 63 S. 17. Allein dem Pfändungspfandgläubiger gesteht das Recht zu R. G. Bd. 27 S. 292, Bolze Bd. 12 S. 526. Es ist in der That kein Grund dafür vorhanden, dasselbe als höchstpersönlich anzusehen.

17) So bestimmt Art. XII. Abs. 2 des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung vom 8. Mai 1855. Diese Bestimmung ist aber nicht anwendbar, wenn, wie bei einer Gemeinheitstheilung ein neu erworbenes Grundstück gesetzlich in die Rechtsstellung des alten tritt, oben Bd. 1 § 214 im Text hinter Anm. 13.

18) Zur Zeit des Erlasses des Einführungsgesetzes zur Konkursordnung konnte die Ehefrau ohne weiteres ihren gesetzlichen Hypothekentitel beim Hypothekenrichter zur Eintragung anmelden und wahrte hierdurch die Frist. Derzeit bedarf es der Bewilligung des Mannes. Es muß daher, wenn dieselbe nicht gewährt wird, die Erhebung der Klage auf dieselbe zur Erhaltung des Anspruchs genügen. — Oben Bd. 1 § 130 bei Anm. 9.

19) L. R. II, 1 § 255, R. G. in Straff. Bd. 23 S. 63. Das Obertribunal hat mehrfach entschieden, daß die Frau auf Grund dieser Bestimmung auch nach dem Inkrafttreten der preußischen Konkursordnung die Bewilligung des Mannes zur Eintragung einer Hypothek nach Ablauf des Jahres verlangen könne. So namentlich Entsch. Bd. 43 S. 433 ff., vgl. auch Striethorst Archiv Bd. 82 S. 190; dagegen hat sich ausgesprochen Beisert bei Gruchot Bd. 10 S. 469 ff.

ist hierbei nicht wirkliche Vermögensunzulänglichkeit erfordert; es genügen auftauchende ernste Gefahren und Schwierigkeiten des Mannes, seinen Verbindlichkeiten gerecht zu werden.[20]

§ 32. Auseinandersetzung.

I. Die Auseinandersetzung der Vermögen von Mann und Frau kommt vorzugsweise zur Sprache im Fall der Auflösung der Ehe, doch wird sie unter Umständen auch während der Ehe erforderlich. Sie kann durch gegenseitiges Einverständniß mittels eines Schichtungsvertrages erfolgen, welcher Natur und Kraft eines Vergleiches hat.[1] Jeder Theil ist aber auch befugt, auf gerichtliche Auseinandersetzung anzutragen.[2]

Nach früherem deutschen Recht geschah die Trennung der Vermögen nach Beendigung der Verwaltungsgemeinschaft keineswegs einfach so, daß die Vermögen je nach ihrem Ursprung an den Mann oder an die Frau zurückfielen, vielmehr traten je nach der Beschaffenheit der Vermögensobjekte und dem Grund der Auflösung der Ehe zum Theil sehr abweichende Rechtsregeln ein. Das preußische Recht hat zuerst den durchgreifenden und zweckmäßigen Schritt gethan, die Vermögen in allen Fällen der Auflösung der Verwaltungsgemeinschaft nach dem Ursprung zu trennen.[3] Vorbild für das Einzelne gab die römische Dotalklage. Doch bestehen erhebliche Verschiedenheiten. Denn jene Klage bewegte sich durchweg in den Formen des gewöhnlichen Prozesses; die Auseinandersetzung hingegen, wie sie bei uns stattfindet, ist in der Regel ein Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Nur sofern sich streitige Fragen erheben, sind dieselben im Wege der Klage durch den betreibenden Theil an das Prozeßgericht zu bringen und durch dieses präjudiciell zu entscheiden. Ferner hatte die römische Dotalklage eine einseitige Gestalt, indem sie nur die Restitution

20) Nach der Reichskonkursordnung § 25 unter 2 — ähnlich früher Preußische Konkursordnung — ist die innerhalb der letzten 2 Jahre vor der Konkurseröffnung vom Ehemanne bewirkte Sicherstellung des Eingebrachten anfechtbar, sofern der Mann nicht zu der Sicherstellung verpflichtet war, sei es durch Gesetz, sei es in Folge eines vor der Frist von zwei Jahren geschlossenen Vertrags. Die entsprechende Anfechtung haben auch einzelne Gläubiger außerhalb des Konkurses nach dem Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 § 3 Ziff. 4. Der § 255 L. R. II, 1 schützt begreiflich die Frau sehr häufig gegen diese Anfechtung, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 177, siehe aber auch R. G. Bd. 16 S. 27, und dazu Bd. 20 S. 181 bei Anm. 1. Vgl. ferner R. G. Bd. 27 S. 295.

1) Irrthum über das zur Anwendung kommende eheliche Güterrecht betrifft die Voraussetzungen des Schichtungsvertrages, wird daher in der Regel einen Grund für dessen Anfechtung bilden, vgl. jedoch Striethorst Archiv Bd. 48 S. 32 ff.

2) L. R. II, 1 § 744, Gad bei Gruchot Bd. 4 S. 36 ff.

3) Vgl. hierüber Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 143. Insbesondere behält der Ehemann nicht, wie nach gemeinem Sachsenrecht, das Mobiliarvermögen der Frau bei deren Tode, vgl. auch Roth a. a. O. § 144.

der Dos zum Gegenstand hatte; die Auseinandersetzung hingegen hat einen zweiseitigen Charakter.

Der Ehegatte, welcher einzelne zu seinem Vermögen angeblich gehörende Objekte besonders herausfordert, kann auf ein vorgängiges das Ganze umfassendes Absonderungsverfahren verwiesen werden, sofern es sich zur Vermeidung von Dunkelheiten und Widersprüchen, und mit Rücksicht auf Gegenansprüche als nothwendig herausstellt, daß eine Erörterung des beiderseitigen Vermögensstatus im Ganzen vorhergehe.[4]

Der Anspruch auf Absonderung hat keinen dinglichen Charakter; er steht den Ehegatten und deren Erben zu, und ist mit dem Recht auf das bezügliche Vermögen abtretbar.

Das Verfahren hat zum Zweck, die jedem Theil gehörenden Vermögensgegenstände auszusondern, und die Geldansprüche festzustellen, welche gegen den Ehegatten um deswillen erwuchsen, weil er Vermögen des anderen Theil für sich verwendet hat, oder weil er wegen Verschuldung zur Schadloshaltung verpflichtet ist. Entsprechend dem römischen Recht haftet der Ehemann bei der Verwaltung des Eingebrachten in der Regel für die Sorgfalt, wie er sie in eigenen Dingen anzuwenden pflegt, doch ist dies keineswegs schlechthin festgehalten.[5]

II. Im Einzelnen ist Folgendes hervorzuheben:

1. Gelder der Frau sind in gleicher Summe zu erstatten ohne Unterschied ob sie der Mann baar erhielt oder durch Verwerthung eingebrachter Objekte.[6] Da der Ehemann Eigenthümer geworden ist, so trifft ihn die Gefahr des Zufalls dieses s. g. Baarvermögens.

Die Frau oder deren Erben haben Zinsen erst von dem Ablauf des Vierteljahres an zu fordern, in welchem der Tod oder die Ehescheidung erfolgte.[7] Der geschiedene schuldige Ehemann hat jedoch keinen Anspruch auf diese Begünstigung.[8]

---

4) Entsch. d. O. Trib. Bd. 30 S. 106 spricht sich absolut dahin aus: die Rückforderung des eingebrachten Vermögens könne nur im Wege einer vollständigen Auseinandersetzung zwischen Mann und Frau, resp. deren Erben, wegen des beiderseitigen Vermögens erfolgen. Dies geht jedoch zu weit, da hierfür nicht immer die prozessualische Zweckmäßigkeit, die hier allein in Betracht kommen kann, sprechen wird. So auch Eccius Bd. 4 S. 211 Anm. 8.

5) So namentlich L. R. II, 1 § 555, vgl. aber § 561. Bei der Verwaltung von Grundstücken soll der Mann für mäßiges Versehen schlechthin einstehen nach L. R. II, 1 § 595 in Verbindung mit I, 21 § 132.

6) L. R. II, 1 § 548. Vgl. l. 42 D. de jure dotium 23, 3.

7) L. R. II, 1 § 549, vgl. hierzu L. R. II, 1 § 617, unten Anm. 32. Nach justinianischem Recht war die Dos, abgesehen von Immobilien, erst nach einem Jahr von Auflösung der Ehe an zu restituiren und trat von da an eine gesetzliche Zinspflicht ein, l. un § 7 C. de rei ux. act. 5, 13.

8) L. R. II, 1 §§ 766. 767.

Hat der Mann Baarvermögen der Frau auf deren Namen mit deren Zustimmung oder nachträglicher Genehmigung ausgeliehen, so tritt diese Forderung an die Stelle ihres Anspruchs gegen den Mann; geschah die Ausleihung auf ihren Namen ohne Zustimmung der Frau, so liegt eine unbeauftragte Geschäftsführung für sie vor, die Frau und ihre Erben haben daher die Wahl, ob sie die Forderung übernehmen oder baare Rückzahlung verlangen wollen.[9] Man wird dieselben Grundsätze auch anzuwenden haben, wenn der Mann mit Baarvermögen der Frau andere Objekte auf den Namen der Frau erwarb, soweit er hierbei über die Grenzen einer regelmäßigen Verwaltung hinausging.

2. Das Recht der Geltendmachung von Kapitalforderungen, welche die Frau einbrachte, oder die mit ihrer Zustimmung auf ihren Namen ausgethan wurden, geht mit der Auflösung der Ehe auf die Frau über; dem Manne liegt die Aushändigung der Schuldscheine ob.[10] Wegen der Ausleihung und Verwaltung der Kapitalien hat er für die Sorgfalt in eigenen Dingen einzustehen.[11]

Hat der Mann baare Gelder der Frau oder eingezogene Kapitalien auf seinen Namen ausgeliehen, so erhält die Frau kein Recht auf dieselben; sie stehen auf seine Gefahr; der Frau gegenüber ist er Summenschuldner.[12]

3. Wurden Mobilien eingebracht,[13] also Möbel, Hausrath und Geräthschaften,[14] so sind die noch vorhandenen, sowie die an ihrer Stelle angeschafften der Frau zu erstatten.[15] Einen Anspruch auf Schadloshaltung wegen Verbrauch oder Verschlechterung der Mobilien hat aber die Frau nur, wenn dem Manne Vorsatz oder grobes Versehen zur Last liegt.[16] Hat der Mann die Mobilien veräußert, ohne sie durch andere zu ersetzen, so ist er den erlösten Preis zu erstatten verpflichtet, wenn die Veräußerung mit Zu-

9) L. R. II, 1 §§ 550. 551, vgl. oben § 25 II. 2, Eccius Bd. 4 § 211 Anm. 19.

10) L. R. II, 1 § 553.

11) Vgl. L. R. II, 1 §§ 554. 555, oben Bd. 2 § 67 Anm. 13.

12) L. R. II, 1 § 556. Wurden die Kapitalien der Frau auf den Namen beider Ehegatten ausgeliehen, so sind die Eheleute als Miteigenthümer anzusehen, der Mann wird dann zur Hälfte Summenschuldner der Frau. L. R. II, 1 §§. 557. 558. Hat der Mann eigene Kapitalien auf den Namen seiner Frau ganz oder theilweise ausgeliehen, so wird diese Gläubigerin — vgl. oben §. 25 Anm. 14 —, aber soweit ihr hieraus ein Vortheil erwuchs, dem Mann verschuldet, sofern nicht eine Schenkung unterläuft. Ueber die Rechte der Gläubiger des Mannes vgl. oben § 26 Anm. 7 und § 27 Anm. 7. Wenig korrekt hiernach, Entsch. des O. Trib. Bd. 20 S. 250 ff.

13) L. R. II, 1 § 559 ff.

14) Oben § 30 Anm. 9.

15) L. R. II, 1 § 560, vgl. oben § 30 bei Anm. 18 ff. Eine Uebereinkunft der Eheleute ist nicht erfordert. Korn Güterrecht S. 82 will den § 560 nicht in der Mark gelten lassen, schwerlich mit Recht.

16) L. R. II, 1 § 561.

stimmung der Frau geschah oder nothwendig war, sonst hat er ihr den Werth zur Zeit der Veräußerung zu gewähren.[17]

Sind die Mobilien unter einer Taxe übernommen, so gilt dieselbe nicht, wie nach römischem Recht, im Zweifel als des Verkaufs wegen zugefügt,[18] vielmehr hat die Frau, wie auch die Erben, wenn es nicht zum Verkauf kam, die Wahl zwischen Erstattung der Mobilien und deren angeschlagenem Werth.[19] Bei gesonderter Taxirung der einzelnen Objekte besteht für jedes einzelne Stück das Wahlrecht. Im Fall der Ehescheidung greift das Wahlrecht nur ein zu Gunsten der unschuldigen Frau und ihrer Erben gegenüber dem für schuldig erklärten Mann.[20]

Den Mobilien im eigentlichen Sinne stehen gleich andere bewegliche Sachen, welche nicht dem Verbrauch dienen. Brachte aber die Frau Objekte mit, die nur um ihres Geldwerthes willen in Betracht kommen, z. B. Erntevorräthe, so ist der vom Ehemann erlöste Preis oder, wenn dieser nicht zu ermitteln ist, ihr Marktwerth zu ersetzen.[21]

4. Dem Manne soll es, wenn die Ehe durch den Tod der Frau gelöst wurde, besonders erleichtert werden, von der Frau eingebrachte Grundstücke zu übernehmen, theils um verwickelte Prozesse über den Betrag von Verbesserungen und Verschlechterungen abzuschneiden, theils um den Mann dagegen zu sichern, daß er eingebrachtes Gut, welches er vielleicht Jahre lang bewirthschaftet, verbessert, nach seinem Geschmack eingerichtet hatte, plötzlich nach dem Tode seiner Frau aufgeben müsse.[22]

Demgemäß ist der Mann bei Trennung der Ehe durch den Tod der Frau befugt, ein unter einem Anschlag eingebrachtes Gut oder eine immobiliare Gerechtigkeit für die Anschlagssumme zu erwerben,[23] ohne Rücksicht

---

17) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 51 S. 240. l. 32 D. de jure dotium 23, 3. Windscheid Pand. Bd. 2 § 500 Anm. 10.

18) l. 10 pr. § 5 D. de jure dotium 23, 3: aestimatio venditio est. War die Taxe bloß taxationis causa zugefügt, so hatte nach römischem Recht der Mann die Wahl, die Dotalobjekte, sofern sie vorhanden waren, zu restituiren oder die Anschlagssumme zu zahlen, l. 10 § 6. l. 11 D. de jure dotium 23, 3.

19) Vgl. L. R. II, 1 §§ 563. 564 ff. Auch hier gilt also, was l. 10 pr. D. de jure dotium 23, 3 für die aestimatio venditionis causa besagt: eveniet, si aestimata sint et ea mulier adtrivit, ut nihilominus maritus aestimationem eorum praestet. Anders bei dolus oder culpa lata der Frau, L. R. II, 1 § 567.

20) L. R. II, 1 §§ 752. 767. In anderen Fällen gebühren der Frau nur ihre Mobilien.

21) L. R. I, 21 § 173. Striethorst Archiv Bd. 79 S. 190, vgl. l. 32 D. de jure dotium 23, 3.

22) L. R. II, 1 § 570. Landgüterordnung für Westphalen — vgl. unten § 247 Anm. 1 — § 23. Vgl. v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 120 ff., ferner die bei Bornemann Bd. 5 S. 155 ff. zusammengestellten Aeußerungen von Suarez. Die §§ 570 und 581 des Titels kommen in der Mark nicht zur Anwendung. Scholtz-Hermensdorff Bd. 2 S. 40.

23) L. R. II, 1 § 571.

auf etwaige Vermehrung oder auch Verminderung des Werthes während der Ehe. Bei theilweisem, ohne Schuld des Mannes eingetretenem Verlust der Substanz kann eine verhältnißmäßige Minderung des Anschlags gefordert werden;[24] sind dem Grundstück während der Ehe auf Kosten der Frau Zubehörungen zugeschlagen worden, so hat der Mann hierfür besonderen Ersatz zu leisten.[25]

War das Grundstück ohne Anschlag eingebracht, so liegt den Erben der Frau ob, den Werth zu bestimmen, und es hat dann der Mann die Wahl, dasselbe für diesen Preisansatz zu nehmen oder den Erben zu überlassen.[26] Können sich die Erben nicht vereinigen oder verzögern sie die Bestimmung länger als 6 Monate nach gerichtlicher Aufforderung, so tritt an die Stelle jenes Preisansatzes eine gerichtliche Taxe.[27]

Im Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod des Mannes hat die Frau die Wahl, ein unter einem Anschlag eingebrachtes Grundstück zurückzunehmen oder die Anschlagssumme zu fordern.[28]

Ist bei einer Ehescheidung kein Theil für den überwiegend schuldigen erklärt, so fällt das Wahlrecht beiderseits weg;[29] der unschuldige Ehegatte hat dagegen dem schuldigen Theil gegenüber die Begünstigung der Wahl. Nur tritt an die Stelle des von den Erben der Frau zu bestimmenden Ansatzes die gerichtliche Taxe.[30]

5. Der Beweis dafür, daß Frauengut in die Verwaltung des Mannes gekommen sei, liegt nach allgemeinen Grundsätzen der Frau ob, welche dessen Herausgabe verlangt. Anerkenntnisse des Mannes sind hierfür, vorbehaltlich des Gegenbeweises, dem Manne und seinen Erben gegenüber unmittelbar beweiskräftig.

Man vermuthet aber auch, daß alles, was die Frau bei Eingehung der Ehe besaß oder später mit Wissen des Mannes erwarb, in die Verwaltung

---

24) Vgl. L. R. II, 1 § 608.

25) Vgl. L. R. II, 1 § 603 ff.

26) L. R. II, 1 § 572. Die Bestimmung des Preises Seitens der Erben muß schriftlich geschehen. Es genügt daher auch nicht eine Erklärung zu gerichtlichem Protokoll, wenn die Erben die Unterschrift desselben verweigern. Entsch. des O. Trib. Bd. 64 S. 170. Siehe ferner R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1014.

27) Näheres L. R. II, 1 § 577 ff. Die Aufforderung hat derzeit durch das Amtsgericht zu geschehen vgl. Eccius Bd. 4 § 211 Anm. 39. Die Taxe ist nach den gewöhnlichen, nicht nach besonderen, z. B. ritterschaftlichen, Abschätzungsprincipien aufzunehmen, Striethorst Archiv Bd. 89 S. 116. Vgl. auch R. G. Bd. 15 S. 287. Sie wird nicht ersetzt durch eine früher aufgenommene Informationstaxe. Die Kosten fallen den Erben und dem Ehemann gemeinsam zur Last.

28) L. R. II, 1 § 581, vgl. oben Anm. 22 am Schluß.

29) L. R. II, 1 § 752.

30) L. R. II, 1 §§ 767. 768.

des Mannes gekommen ist,[31] sofern es nicht die Eigenschaft des Vorbehaltenen hatte. Denn es liegt hierin das Legale und den Lebensverhältnissen Entsprechende, so daß besonderer Beweis der Ueberlieferung an den Mann nur unter besonderen Umständen, z. B. wenn die Frau zur Zeit eines Erwerbs thatsächlich separirt lebte, zu forden ist.

6. Die Auseinandersetzung bezüglich der Einkünfte des Vermögens im letzten Ehejahre erfolgt nach den Grundsätzen des Nießbrauchs.[32] Dieselben sind auch grundsätzlich für die Frage der Anrechnung der Verwendungen maßgebend.[33]

§ 33. Erbschatz.[1]

1. Der Erbschatz, wie man ihn bei Abfassung des Landrechts ersann, ist ein Kapital,[2] welches dem Eigenthum nach den aus einer gewissen Ehe entspringenden Kindern vorbehalten wird, während deren Eltern der Genuß zusteht, nach Umständen aber auch das Eigenthum anheimfällt. Mit der römischen dos hat der Erbschatz gemeinsam, daß er eine Gabe zu den Zwecken der Ehe bildet; seine rechtliche Gestalt ist aber eine ganz andere.

2. Die Bestellung des Erbschatzes wurde vorzugsweise gedacht als von dritten Personen ausgehend, welche die Ehe unterstützen wollten.[3] Der Mann hat während der Ehe Nießbrauch und Verwaltung, die Frau dieselben Rechte, wie bei den von ihr eingebrachten Kapitalien. Die Eheleute können den Erbschatz nicht veräußern, noch verpfänden oder sonst schmälern. Im Fall des

---

31) Suarez bemerkte in der revisio monitorum: nach unseren heutigen Sitten und Gewohnheiten ist es wohl gewiß praesumtionis, daß die Frau, welche Vermögen hat, solches marito inferire; Bornemann Bd. 5 S. 77. Es hat daher das Obertribunal Entsch. Bd. 30 S. 106 eine entsprechende gesetzliche Vermuthung angenommen. Dagegen freilich Koch zum § 205 des Titels.

32) L. R. II, 1 § 614 ff. Insbesondere gilt auch beim maritalischen Nießbrauch die Bestimmung von L. R. I, 21 §§ 170 und 171, wonach die Nutzungen von ausstehenden Kapitalien bis zum Ablauf desjenigen Vierteljahrs, in welchem der Nießbrauch aufhört, zum Vermögen des Nießbrauchers gerechnet werden, trotzdem die Pflicht zur Alimentation der Ehefrau schon mit dem Tage der Endigung des Nießbrauchs aufhört. Entsch. d. O. Trib. Bd. 66 S. 140. Eine Modifikation der gewöhnlichen Grundsätze wird dadurch bewirkt, daß der überlebende Ehegatte bis zum Ablauf des nächsten Vierteljahrs nach dem Sterbequartal freie Wohnung im Hause des Vorverstorbenen haben soll. L. R. II, 1 § 617. — Die Specialbestimmung des § 616 entspricht den Nießbrauchsgrundsätzen und deklarirt sie für den besonderen Fall.

33) Vgl. § 29 Anm. 7.

1) L. R. II, 1 §§ 276 ff. 540 ff. 761 ff. 778 ff. Der Erbschatz scheint eine Lieblingsidee des Großkanzlers von Carmer gewesen zu sein. Er wurde wohl vorzugsweise um deswillen von den Redaktoren in das Gesetzbuch aufgenommen, Bornemann Bd. 5 S. 101.

2) Nach L. R. II, 1 § 280. Ueber Radicirung desselben durch Eintragung im Hypothekenbuche oder auf Hypothekenforderungen siehe L. R. II, 1 § 282 ff.

3) Vgl. L. R. II, 1 § 276. L. R. II, 18 § 738. Ueber Bestellung eines Erbschatzes durch die Eheleute siehe L. R. II, 1 § 478 ff.

Konkurses des Mannes ist ein Pfleger zu ernennen, welcher den Erbschatz für die Kinder in Anspruch nimmt. Nach Auflösung der Ehe behält der überlebende, im Falle der Scheidung der unschuldige Ehegatte den Nießbrauch. Wenn die Ehe kinderlos geblieben war, fällt anstatt des Nießbrauchs das Eigenthum des Erbschatzes an den Ehegatten.[4] Der Besteller kann während der Ehe den Erbschatz mit Zustimmung der Eheleute in eingebrachtes oder vorbehaltenes Vermögen verwandeln; diese Verwandlung steht auch den Eheleuten nach dem Tode des Bestellers durch Uebereinstimmung offen, wenn feststeht, daß ihre Ehe kinderlos bleibt.[5]

3. Das Institut des Erbschatzes, welches, auf einem Mißtrauen gegen die Eheleute beruhend, die künftige Descendenz derselben im Voraus gegen sie zu sichern sucht, hat im Leben keinen Boden gefunden.

B. Allgemeine Gütergemeinschaft.[1]

§ 34. Fälle der Geltung.

1. Das Landrecht hat — und zwar vorzugsweise auf Grund des usuellen lübischen Rechts[2] ein subsidiäres gemeines Recht für die eheliche allgemeine Gütergemeinschaft entworfen zur Ausfüllung von Lücken und zur Erklärung von Dunkelheiten der statutarischen und provinziellen Normen über Gütergemeinschaft. Es sollte hiermit eine Anleitung für die beabsichtigte Kodifikation der Provinzialrechte geschaffen werden. Im Laufe der Zeit wurde in einigen Landestheilen die Gütergemeinschaft des Landrechts als principales Recht eingeführt.

2. In der einen oder andern Form ist hiernach die allgemeine Gütergemeinschaft für zahlreiche Theile des landrechtlichen Gebiets Territorial-

4) L. R. II, 1 §§ 289. 541. 778 ff. 781; vgl. aber auch §§ 780. 782 a. a. O.

5) L. R. II, 1 § 294. „Zuziehung" muß hier Zustimmung bedeuten.

1) L. R. II, 1 § 345 ff. „Sechster Abschnitt. Von der Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten." — G. Philipps die Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft mit Rücksicht auf Preußisches allgemeines und provinzielles Recht 1830. Ueber die historische Entwickelung der deutschrechtlichen allgemeinen Gütergemeinschaft, vgl. Roth deutsches P. R. § 101.

2) Es hebt dies ausdrücklich hervor die Anm. im gedruckten Entwurf des Gesetzbuchs von 1784 Th. 1 Abth. 1 S. 72. Freilich ist bestritten, ob das lübische eheliche Güterrecht dem Systeme der allgemeinen Gütergemeinschaft zuzuzählen ist, und es wird die Frage außerhalb des landrechtlichen Gebiets durch die neuere Wissenschaft und Praxis verneint, vgl. die bei Roth deutsches P. R. Bd. 2 §. 147 angeführten Schriftsteller und Urtheile. Im Gebiete des L. R. aber ist anzunehmen, daß bei beerbter Ehe des lübischen Rechts die Grundsätze der allgemeinen Gütergemeinschaft subsidiär eintreten, bei unbeerbter Ehe die der Verwaltungsgemeinschaft. Denn die Redaktoren des Landrechts haben die von ihnen aufgestellten Sätze über allgemeine Gütergemeinschaft gerade auch für das Gebiet des lübischen Rechts bestimmt, und die Praxis hat an dieser Behandlungsweise festgehalten. Entsch. des O. Trib. Bd. 45 S. 187, Bd. 50 S. 258; v. Wilmowski Lübisches Recht in Pommern § 59.

recht.[3] Häufig sind jedoch gewisse Stände von derselben eximirt.[4] Sofern der Ehemann nicht einem der Art eximirten Stande angehört, unterliegen die Ehegatten, wenn sie ihren ersten Ehewohnsitz in einem Rechtsgebiete der ehelichen Gütergemeinschaft nehmen, diesem Recht ohne weiteres.[5] Doch sind sie befugt, die Gütergemeinschaft auszuschließen. Hierbei ist das Verhältniß nach Innen und nach Außen zu unterscheiden.

a) Die Ausschließung der Gütergemeinschaft vollzieht sich unter den Ehegatten durch gerichtlich aufgenommenen oder anerkannten Vertrag.[6] Derselbe hat schlechthin Wirkungskraft nur, wenn er der Eheschließung vorausging. Nach Abschluß der Ehe ist zwar eine gerichtliche Vereinbarung gültig, wodurch die Gatten die Verhältnisse unter sich und insbesondere die künftige Erbfolge so regeln, als wenn die Gütergemeinschaft nicht eingetreten wäre;[7] für Dritte gilt aber gleichwohl die Ehe als eine gütergemeinschaftliche.

---

3) Ueber das territoriale Geltungsgebiet der allgemeinen Gütergemeinschaft vgl. Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 103. Die des A. L. R. gilt in Ost- und Westpreußen und in Posen, sowie in einigen Theilen Pommerns. Sonst gilt allgemeine Gütergemeinschaft überwiegend in Pommern nach der Bauernordnung vom 30. December 1764, in der Stadt Stettin nach Statutarrecht, in einzelnen Städten nach Lübischem Recht — oben Anm. 2. In Westphalen überwiegt allgemeine Gütergemeinschaft. Sie regelt sich nach dem Gesetz vom 16. April 1860, welches anwendbar ist, soweit nicht früher Dotalrecht galt. Vgl. hierüber Welter eheliches Güterrecht in Westphalen 1861 2. Aufl. von Schultz 1883.

4) L. R. II, 1 § 346 spricht den allgemeinen Satz aus, daß die bloß statutarische allgemeine Gütergemeinschaft nicht für Eximirte gilt, d. h. nicht für Personen, welche nach der A. G. O. I, 2 § 42 einen eximirten Gerichtsstand hatten. Dies im Gegensatz zu provinzieller Gütergemeinschaft. Ausgenommen sind ferner die Eximirten nach der Pommer'schen Bauerordnung. In Ostpreußen ist die allgemeine Gütergemeinschaft für Adlige nicht bestimmt — vgl. oben Bd. 1 § 179 — wohl aber in Westpreußen, Gesetz vom 5. Februar 1869. In Westphalen sind die Personen des hohen Adels ausgeschlossen.

5) L. R. II, 1 §§ 345. 350 ff. Ueber mehrere Domicile vgl. oben § 4 bei Anm. 6.

6) Nach § 2 des Gesetzes vom 20. März 1837 kann im Gegensatz zum früheren Recht die Aufnahme oder Anerkennung des Vertrags vor jedem Richter, nicht bloß dem persönlichen, erfolgen. Nach § 3 bedarf es keiner besonderen gerichtlichen Verlautbarung oder Bestätigung des Vertrags.

7) L. R. II, 1 §§. 412. 413. Zwar wird hier ausgesprochen, daß während der Ehe die Aufhebung einer auf Provinzialgesetze und Statuten sich gründenden Gemeinschaft auch mit Bewilligung der Eheleute in der Regel nicht stattfinde. Es bestimmt jedoch §. 418 des Titels, es stehe den Ehegatten zu allen Zeiten frei, die Folgen der Gemeinschaft, soweit sich dieselben nur auf ihre künftige Succession erstrecken, durch Verträge aufzuheben oder abzuändern. Man kann hieraus weiter schließen, daß die Ehegatten auch unter sich jene Theilung des Vermögens vornehmen können. Denn die Vorschrift des §. 413 ist, wie die Anm. im Entwurf von 1784 I, Abth. 1 S. 79 besagt, getroffen, um Betrügereien und Verkürzungen der Gläubiger entgegenzutreten. Das innere Verhältniß ist aber hiervon unabhängig und kann daher, da die Ehegatten mit einander der Regel nach gültig Verträge schließen, beliebig geordnet werden. So Entsch. des O. Trib. Bd. 48 S. 195, vgl. auch Bd. 52 S. 155. Striethorst Archiv Bd. 46 S. 290 ff. Die Eheleute sind daher, trotz des Fortbestehens der provinziellen Gütergemeinschaft nach außen hin, befugt, unter sich Auflassungen vorzunehmen, Johow App. Ger. Bd. 5 S. 94 ff. — Vgl. jedoch R. G. Bd. 24 S. 288.

b) Wer die Ausschließung der Gütergemeinschaft unter den Eheleuten kennt und sich mit einem derselben in Geschäfte einläßt, kann keine größeren Rechte beanspruchen, als ihm das unter den Ehegatten bestehende Güterrecht gewährt. Wußte er aber von jener Ausschließung nichts, so kann sie ihm nicht entgegengestellt werden; denn das Publikum darf unterstellen, daß die Ehegatten nach dem Ortsrecht ihres Domicils leben. Nur bei gehöriger Veröffentlichung fällt die Unkenntniß dem zur Last, welcher von der hierdurch gegebenen Gelegenheit der Information keinen Gebrauch machte.[8]

Die Veröffentlichung soll beim Richter des Ehedomicils innerhalb 4 Wochen nach Abschluß der Ehe beantragt und innerhalb weiterer 4 Wochen in den Zeitungen oder Amtsblättern der „Provinz", d. h. des bezüglichen Oberlandesgerichtsbezirks, dreimal geschehen.[9] Dazu kommt für Vollkaufleute nach dem Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch noch nothwendigerweise Eintragung der Ausschließung der Gütergemeinschaft in das Handelsregister und Veröffentlichung dieser Eintragung nach Maßgabe des Art. 13 des Handelsgesetzbuchs.[10][11]

Geschah die dem Gesetz entsprechende Veröffentlichung innerhalb 8 Wochen nach Abschluß der Ehe, so ist die durch sie verkündete Ausschließung der Gütergemeinschaft auch für solche Dritte maßgebend, die sich in der Zwischenzeit

---

8) Derartige Veröffentlichungen forderte man auch gemeinrechtlich zur Wirksamkeit ausschließender oder abändernder Verträge, vgl. Rassow über Ausschließung der Gütergemeinschaft in Behrend's Zeitschrift Bd. 8 S. 455.

9) L. R. II, 1 § 422 ff. und I, 9 § 622, oben Bd. 1 § 175 hinter Anm. 2. Gesetz vom 20. März 1837 über die Errichtung und Bekanntmachung der Verträge wegen Einführung oder Ausschließung der ehelichen Gütergemeinschaft § 4. Anhang § 76 zu L. R. II, 1 § 356.

10) Nach L. R. II, 1 § 423 hatte die Veröffentlichung in Handelsstädten auf der Börse zu geschehen. Die jetzt geltenden Bestimmungen traf das Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch vom 24. Juni 1861 Art. 20. Vgl. auch § 83 der Instruktion des Justizministers über das betreffende Formular. Rückwirkende Kraft hatte dies nicht, Striethorst Archiv Bd. 83 S. 257. Auf das Unterlassen der kaufmännischen Bekanntmachung können sich nur die gutgläubigen Gläubiger desjenigen Ehetheils berufen, welcher das kaufmännische Gewerbe betreibt. Entsch. des O. Trib. Bd. 56 S. 218.

11) L. R. II, 1 § 423 verlangte auch bei Zunftgenossen Veröffentlichung durch den Vorsteher der Zunft. Koch, sowie Rehbein und Reincke zum § 423 halten dies in Folge der Aufhebung der alten Gewerbeverfassung für antiquirt. Es bestimmt weiter L. R. II, 1 §§ 424. 426, es müsse die geschehene Ausschließung der Gemeinschaft bei allen Grundstücken, welche sonst der Gemeinschaft unterworfen sein würden, im Hypothekenbuche vermerkt werden; sonst könne die Aufhebung der Gemeinschaft in Geschäften, welche dergleichen Grundstücke betreffen, Dritten nicht nachtheilig werden. Da aber nach dem jetzigen Grundbuchrecht nur der eingetragene Eigenthümer grundbuchmäßig verfügen kann, so hat die Bestimmung ihre praktische Bedeutung verloren. Die Grundbuchordnung erwähnt die Eintragung der Ausschließung der Gütergemeinschaft nicht; wird sie beantragt, so hat sie in der zweiten Abtheilung des Grundbuchblattes zu erfolgen.

mit einem der Ehegatten in Geschäfte einließen.[12] Ist die Veröffentlichung erst später vollzogen, so hat die Ausschließung der Gütergemeinschaft keine Kraft gegen Dritte, welche vor jener Veröffentlichung im Glauben an die Anwendbarkeit des örtlichen Rechts mit den Ehegatten in Geschäfte traten.[13]

Voreheliche Gläubiger können aus dem Mangel der Bekanntmachung keine Rechte für sich herleiten.[14]

c) Nehmen Ehegatten, welche gemäß dem Rechte ihres ersten Ehewohnsitzes oder nach Vereinbarung in getrennten Gütern leben, einen neuen Wohnsitz an einem Ort der Gütergemeinschaft, so bleibt ihr Güterrecht zwar an sich unberührt.[15] Aber Dritte, welche mit ihnen in Rechtsverhältnisse treten,[16] haben ihr besonderes Recht nur dann unbedingt anzuerkennen, wenn nach der Verlegung eine Bekanntmachung der Ausschließung der Gütergemeinschaft in der gesetzlichen Form erfolgt ist.[17] Die Bekanntmachung im früheren Wohnsitz ersetzt die erneute Bekanntmachung nach der Wohnsitzveränderung nicht.[18] Auch wenn eine erneute Bekanntmachung nicht erfolgte, kann sich aber auf das neue Ortsrecht nicht berufen, wer das Güterrecht der Ehegatten anderweitig kannte. Ob solche Kenntniß schon durch den Nachweis dargethan wird, daß der Mitkontrahent wußte, von welchem Ort die Eheleute verzogen sind, ist Frage des besonderen Falles, bei welcher die größere oder geringere Notorietät des bezüglichen Ortsrechts, unter Umständen auch dessen Nähe oder Entfernung vom neuen Wohnsitz in das Gewicht fallen werden.[19]

---

12) Vgl. Gesetz vom 20. März 1837 § 4.

13) Entsch. des O. Trib. Bd. 25 S. 501 erkennt an, daß auch die verspätete Veröffentlichung diejenigen Dritten, welche nachher mit den Ehegatten verhandeln, bindet.

14) Entsch. des Ob. Trib. Bd. 7 S. 384, Striethorst Archiv Bd. 87 S. 1.

15) L. R. II, 1 § 351, Striethorst Archiv Bd. 86 S. 46. L. R. II, 1 § 416.

16) L. R. II, 1 § 352 besagt: es müssen alle „an diesem letzten Orte" vorgenommenen Handlungen nach den Regeln der Gütergemeinschaft beurtheilt werden. Dies hat das Obertribunal so ausgelegt, daß die Begünstigung sich nur auf Verträge beziehe, welche innerhalb der territorialen Grenzen des an dem neuen Wohnorte geltenden, die Gütergemeinschaft festsetzenden Rechts geschlossen wurden, Entsch. d. O. Trib. Bd. 69 S. 101. Anderer Ansicht R. G. Bd. 22 S. 311.

17) L. R. II, 1 §§ 416, 422 ff., 426, oben bei Anm. 9 ff. Das oben bei Anm. 12 Bemerkte ist entsprechend anzuwenden.

18) Es bedarf auch dann der erneuten Bekanntmachung des die Gütergemeinschaft ausschließenden Vertrags, wenn sowohl der erste Ehewohnsitz als der, an welchen die Eheleute ziehen, in demselben örtlichen Bezirk belegen sind, für welchen ein und dasselbe Regierungsblatt besteht. Denn Dritte haben nicht zu ermitteln, ob die Eheleute an einem andern Ort desselben Regierungsbezirks wohnten und dort die Ausschließung der Gütergemeinschaft veröffentlichten, sie müssen nur die Bekanntmachung des Richters ihres Ortes beachten, R. G. Bd. 6 S. 239. — Haben die Ehegatten an ihrem ersten Ehewohnsitz die Ausschließung der Gütergemeinschaft bekannt gemacht, sind dann später anderswohin verzogen und endlich nach jenem ersten Wohnsitz zurückgekehrt, so bedarf es gleichfalls erneuter Bekanntmachung, Striethorst Archiv Bd. 16 S. 291 ff.

19) Das O. Trib. hat Entsch. Bd. 60 S. 150, Striethorst Archiv Bd. 71 S. 106 ein weitergehendes Princip angenommen. — Vgl. noch R. G. Bd. 22 S. 312.

d) **Unter den Ehegatten** wird die Gütergemeinschaft nicht aufgehoben, wenn dieselben einen Wohnsitz wählen, **an welchem Gütergemeinschaft nicht gilt**. Zu Gunsten gutgläubiger Dritter jedoch sind alle von den Eheleuten später eingegangenen Rechtsverhältnisse so zu behandeln, wie wenn sie in getrennten Gütern lebten.[20]

3. Allgemeine Gütergemeinschaft kann auch, wo sie nicht Ortsrecht ist, von den Ehegatten durch **gerichtlich geschlossenen Vertrag** unter Zuziehung des Vaters der Frau oder eines Beistandes eingegangen werden.[21] Dies schlechthin vor dem Eheschluß. Jedoch gilt die Vermuthung, wenn die Art der vertragsmäßigen Gütergemeinschaft zweifelhaft ist, für **bloße Gemeinschaft des Erwerbes**.

Nach dem Eheschluß kann die Gütergemeinschaft durch Vereinbarung unter den Ehegatten nur dann eingeführt werden, wenn sie ihren Wohnsitz nach einem Rechtsgebiet der Gütergemeinschaft verlegen; ferner dann, wenn die Ehegatten die an ihrem Wohnsitz geltende Gütergemeinschaft durch einen früheren Vertrag ausgeschlossen hatten.[22]

4. Besondere Bestimmungen trifft das Landrecht bezüglich der ortsrechtlichen Gütergemeinschaft bei Ehen bevormundeter männlicher oder weiblicher **Mündel**. Sie soll nämlich **ausgeschlossen** sein, wenn der Vormund nicht besonders, und zwar **unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts in sie willigt**.[23][24] Während der Bevormundung bedarf es für diese Ausschließung keiner öffentlichen Bekanntmachung. Nach Beendigung der Bevor-

---

20) L. R. II, 1 § 350 ff. Zu Gunsten gutgläubiger Dritter spricht die Analogie des § 352 daselbst.

21) L. R. II, 1 § 356 ff. Das gilt auch für die großjährige Frau. Nach Eccius Bd. 4 § 209 Anm. 4 kann der Vormund eines Minderjährigen solchen Vertrag ohne obervormundschaftliche Genehmigung abschließen.

22) L. R. II, 1 §§ 354. 355. 359. Ueber die Form dieser Verträge vgl. oben § 7 Ziff. 2.

23) L. R. II, 18 § 782 ff. Es ist streitig, ob die bezüglichen Bestimmungen als „dem Vormundschaftswesen" zugehörig durch die V. O. vom 5. Juli 1875 § 102 aufgehoben sind. Hierfür erklärten sich Dernburg Vormundschaftsrecht § 87 und mehrere Kommentatoren der V. O., dagegen nicht minder zahlreiche Schriftsteller, welche die Bestimmungen dem Erbrecht zuwiesen. So neuerdings Rehbein und Reincke zu L. R. II, 18 § 381. Das R. G. Bd. 5 S. 217 hat sich nach eingehender Erwägung dafür entschieden, daß die fraglichen Bestimmungen durch die V. O. nicht berührt seien. Ebenso Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 9 S. 40. Wir verzichten darauf, den Streit fortzusetzen, welcher nicht auf einem principiellen Gegensatz beruht und für die Praxis erledigt sein dürfte. — Ueber den Fall der Ausschließung der Gütergemeinschaft bei Eingehung der Ehe durch Vertrag vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1059.

24) Eccius Bd. 4 § 209 Anm. 46 führt aus, die Frage, ob gerichtliche Genehmigung der Entscheidung des Vormundes nothwendig sei, allein gehöre dem Vormundschaftsrechte an; da nun die V. O. für diesen Fall Genehmigung des Gerichtes nicht vorgesehen habe, so sei solche nicht mehr nothwendig. Eine derartige Theilung der zusammengehörigen Normen des L. R. erscheint uns nicht zulässig.

mundung hat das Gericht gewesene weibliche Mündel[25] unter Zuziehung ihres bisherigen Vormundes oder eines andern Beistandes sofort zur Erklärung über Fortsetzung der Ausschließung der Gütergemeinschaft aufzufordern und sie für den Fall der Fortdauer auf die Nothwendigkeit der öffentlichen Bekanntmachung[26] zur Wirkung gegen Dritte aufmerksam zu machen. Es läuft ihnen dann eine Frist von 3 Monaten zur Erklärung der Ausschließung. Unterbleibt die Erklärung innerhalb der Frist, so tritt Gütergemeinschaft ein. Versäumt das Gericht die Einholung der Erklärung der Mündel, so läuft ihnen die dreimonatliche Frist von der Beendigung der Bevormundung an unter derselben Rechtsfolge.[27] Dann haben die Mündel wegen des aus der Nichtbelehrung folgenden Nachtheils einen Rückgriff gegen das säumige Gericht und den Vormund. Wird die Gütergemeinschaft nicht ausgeschlossen, so gilt sie als vom Eheschluß an bestehend.[28]

§ 35. Wesen der allgemeinen Gütergemeinschaft.

1. Ueber das rechtliche Wesen der allgemeinen Gütergemeinschaft bestehen Streitfragen. Aeltere Juristen behandeln sie als römische societas omnium

---

25) Zweifelhaft ist, wie es sich mit den männlichen, gewesenen Mündeln verhält. Denn die Aussetzung der Gütergemeinschaft wird zwar L. R. II, 18 § 783 in Verbindung mit § 780 auch für männliche Mündel vorgeschrieben — was trotz L. R. II, 1 § 415 das Maßgebende sein muß, — aber von § 785 ab ist nur von weiblichen Mündeln die Rede. Es erklärt sich dies daraus, daß die Bestimmungen ursprünglich nur für weibliche Mündel entworfen waren — §§ 541 ff. Th. I Abth. 3 Tit. 6 Abschn. 8 des Entwurfs des Gesetzbuchs, — und daß erst in Folge eines Monitums die Erstreckung auf die männlichen Mündel beliebt wurde, Entsch. d. O. Trib. Bd. 30 S. 127, so daß dann aber die Abfassung keinen vollen Einklang erhielt. Hiernach wäre das Richtige gewesen, was von § 785 ab für die weiblichen Mündel vorgeschrieben wird, auf die männlichen zu übertragen, wie dies bei Simon Rechtssprüche des O. Trib. Bd. 2 S. 312 geschehen ist. Denn das ist ausgeschlossen, daß die Aussetzung bei männlichen Mündeln ohne Zeitgrenze in der Schwebe bleibt; die Grenze, welche den weiblichen Mündeln gesteckt ist, muß mindestens auch für die männlichen Mündel gelten. Es kann auch in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung mit Grund keine andere festgestellt werden. Jedoch hat das O. Trib. Bd. 30 S. 123 ff. entschieden, daß die Erklärung über die Ausschließung der Gütergemeinschaft von männlichen Mündeln längstens in dem Termin zur Leistung der Decharge wegen der über sie geführten Vormundschaft und Vorlegung der Akten abzugeben sei. So auch Striethorst Archiv Bd. 62 S. 330.

26) Vgl. hierüber Kam. Ger. Bd. 12 S. 63.

27) Der Versuch des R. G. Bd. 3 S. 242, den anscheinenden Widerspruch zwischen L. R. II, 18 §§ 791 und 794 dadurch zu heben, daß man § 791 auf alle Vormundschaften, § 794 auf den Fall der Vormundschaft über Minderjährige bezieht, ist verfehlt. Vielmehr liegt die Sache so, daß grundsätzlich die Frist drei Monate seit Endigung der Bevormundung läuft, daß aber, wenn der Termin inzwischen angesetzt wird, sie auf drei Monate von da ab sich erstreckt. Das Letztere ist praktisch so die Regel, daß die Landrechtsverfasser die Nichtansetzung des Termins als Ausnahme behandeln durften. Vgl. Kam. Ger. Bd. 9 S. 43.

28) Die Gütergemeinschaft ist ausgeschlossen, wenn die Ehe während der Vormundschaft getrennt wird; sie gilt als vorhanden, wenn die Ehe nach Beendigung der Vormundschaft getrennt wird, selbst wenn die Erklärungsfristen noch laufen.

bonorum;[1] seit Ende des siebzehnten Jahrhunderts erklärte man sie als Gesammteigenthum der Ehegatten;[2] später glaubte man die Ehegatten in Beziehung auf das gemeinschaftliche Vermögen als juristische Person[3] oder wenigstens als Genossenschaft auffassen zu können.[4] Selbst die Ansicht, daß das Ehevermögen während der Dauer der Ehe im Alleineigenthum des Mannes stehe und daß der Ehefrau nur künftige Rechte zustünden, hat Vertretung gefunden.[5] Neuerdings erkennt man überwiegend an, daß Miteigenthum vorliegt, welches allerdings nicht das römische ist, sondern sich nach der deutsch-rechtlichen Auffassung des Miteigenthums und nach den Zwecken des Instituts besonders gestaltet.[6] Dies ist der Grundgedanke, von welchem die preußische Gesetzgebung ausgeht.[7]

2. Jeder der Ehegatten ist während der Ehe Eigenthümer einer Hälfte des Gesammtvermögens. Dieses aber bildet eine Einheit. Die Ehegatten können also Quotenrechte an den einzelnen Gegenständen, aus welchen die Masse besteht, nicht zur Geltung bringen, so lange die Ehe dauert. Verfügungen eines Ehegatten, welche nicht im Stande sind, beide Theilhaber zu verbinden, entbehren jeder Wirksamkeit, haben also auch keine Kraft bezüglich des Antheils des Verfügenden am gemeinsamen Vermögen.[8]

3. Die allgemeine Gütergemeinschaft erfaßt das gesammte Vermögen beider Ehegatten ohne Unterschied seiner Bestandtheile, es gehört ihr zu nicht bloß was innerhalb, sondern auch was außerhalb der örtlichen Grenzen des Rechts der Gütergemeinschaft belegen ist.[9] Nur das aber ist ihr wesentlich, daß im Allgemeinen alles beim Abschluß der Ehe den Eheleuten

---

1) Lauterbach de societate bonorum conjugali in diss. acad. III. 672.

2) Dies geschah von Justus Veracius im libellus consuetudinum principatus Bambergensis 1681. Vgl. Roth Bayr. Civilrecht Bd. 1 § 75, deutsches P. R. § 102.

3) Hasse Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft, Kiel 1808.

4) Beseler P. R. § 122.

5) Dunker Gesammteigenthum S. 203.

6) Vgl. Budde in Sommers Archiv Bd. 11 S. 471. Fischer Preuß. P. R. § 99 Anm. 4. Stobbe Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 4 S. 210.

7) L. R. II, 1 § 365 spricht von „angefallenem Miteigenthum", andere Stellen von gemeinschaftlichem Vermögen, vgl. insbesondere § 637 „von dem gemeinschaftlichen Vermögen nimmt der überlebende Ehegatte die eine Hälfte als sein Eigenthum zurück." Das O. Trib. hat in dem Gutachten vom 24. August 1840, Justizministerialblatt S. 369 sich dahin ausgesprochen, „das berechtigte Subjekt ist das Ehepaar als moralische Person." An andern Orten hat es jedoch das Verhältniß als Miteigenthum aufgefaßt, vgl. Entsch. Bd. 57 S. 68, Bd. 75 S. 265. Förster Bd. 3 § 209 S. 543 bezeichnet die Gütergemeinschaft als Miteigenthum mit latenten Antheilen; vgl. ferner R. G. Bd. 1 S. 396.

8) Vgl. Entsch. des O. Trib. B. 68 S. 169. Jahrb. d. Kam. G. Bd. 3 S. 159, R. G. Bd. 1 S. 393. Dagegen testirt jeder Ehegatte gültig über seinen bei dereinstiger Auseinandersetzung an ihn fallenden Antheil Entsch. d. O. Trib. Bd. 80 S. 103, Bd. 83 S. 152.

9) L. R. II, 1 § 363.

gehörende, wie das später erworbene, Vermögen beiden gemeinsam wird. Aus besonderen Gründen kann auch bei der allgemeinen Gütergemeinschaft Sondergut — s. g. Einhandsgut — eines oder eines jeden Ehegatten vorkommen:

a) Diejenigen Vermögensgegenstände sind Sondergut, welche unveräußerlich an die Person eines der Ehegatten geknüpft sind, wie Lehen und Familienfideikommisse, die Substanz von Nießbrauchs- und Altentheilsrechten.[10] Auch Pflichttheilsansprüche sind so lange hierher zu rechnen, als der pflichttheilsberechtigte Ehegatte noch nicht erklärt hat, von denselben Gebrauch machen zu wollen.[11]

b) Geschenkgeber und Erblasser sind befugt, einem der Ehegatten Einhandsgut durch ausdrückliche Erklärung zuzuwenden.

Doch gilt dies Dritten gegenüber nur bezüglich von Grundstücken und ausstehenden Kapitalien und nur dann, wenn die Ausschließung am Grundstück im Grundbuch vermerkt, am Kapital dessen Schuldner gerichtlich bekannt gemacht wurde.[12] Das Einhandsgut kann auch in einem Nießbrauch am Grundstück oder Kapital bestehen.[13] Es genügt, daß sich die Ausschließung des Gatten zunächst auf den Nachlaß oder eine Quote desselben bezog, falls dem Ehegatten in Folge dessen Grundstücke oder Kapitalien zufielen.[14]

c) In gleicher Weise kann eine Ausschließung der Gütergemeinschaft bezüglich irgendwelcher einzelner Vermögensbestandtheile durch vorehelichen gerichtlichen Vertrag geschehen.[15]

---

10) Das Eigenthum eines mit fideikommissarischer Substitution belasteten Objekte fällt in die Gütergemeinschaft, mit der ihm innewohnenden Beschränkung. Haben Ehegatten durch korrespektives Testament die beiderseitige Erbschaft nach dem Tode des Längstlebenden einem Dritten zugewendet, hat der Ueberlebende die Erbschaft des Verstorbenen angenommen und schließt hernach eine gütergemeinschaftliche Ehe, so bringt er unseres Erachtens sein Vermögen in die Gütergemeinschaft, denn er ist hinsichtlich späterer Verfügungen unter Lebenden nicht beschränkt. Aber der im korrespektiven Testament ernannte Nacherbe ererbt auf Grund dieses Testaments nach dem Tode des längstlebenden der Testatoren, vorbehaltlich jedoch etwaiger Pflichttheilsansprüche, die auf diesen entfallende Hälfte der gemeinschaftlichen Masse, welche dessen Nachlaß darstellt. Ganz anders jedoch Entsch. des O. Trib. Bd. 56 S. 206 ff., auch Koch zu § 363 des Titels.

11) Striethorst Archiv Bd. 9 S. 343 ff.

12) L. R. II, 1 § 373, vgl. hierzu R. G. Bd. 24 S. 242.

13) Der Schenker soll nach § 374 ff. für die Eintragung der Ausschließung im Grundbuch sorgen; geschieht die Zuwendung an die Frau in einer letzten Willensverordnung, so soll der dieselbe publicirende Testamentsrichter der Frau zur Betreibung der Eintragung einen Pfleger bestellen, ferner bedarf es bei einem Kapital der gerichtlichen Bekanntmachung der Ausschließung der Gütergemeinschaft an den Schuldner. Unterbleiben diese Vorkehrungen, so gilt die Ausschließung der Gemeinschaft nicht gegen Dritte.

14) Vgl. R. G. Bd. 24 S. 244.

15) Das Landrecht gedenkt solcher Verträge nicht. Was aber von der Ausschließung der Gütergemeinschaft überhaupt gilt, muß auch für eine beschränkte Aufhebung

d) Die nothwendigen Kleidungsstücke der Frau sind gesetzlich von der Gemeinschaft ausgenommen.[16]

Nutzungen des Sonderguts gehören in der Regel zur Gemeinschaft.[17] Ueber das Sondergut verfügt der Sondereigenthümer ausschließlich.[18]

§ 36. Die Rechtsverhältnisse bei Gütergemeinschaft im Allgemeinen.

1. Die Gütergemeinschaft begründet auf beiden Seiten eine Universalsuccession. Unmittelbar mit ihrem Eintritt werden daher die Vermögensgegenstände der Ehegatten gemeinsames Eigenthum. Der Besitz der Ehegatten verwandelt sich in Mitbesitz.

Der Eigenthumsübergang vollzieht sich auch an Grundstücken und Gerechtigkeiten mit Abschließung der gütergemeinschaftlichen Ehe.[1] Es bedarf also zum Erwerb des Miteigenthums nicht der Eintragung der Gemeinschaft im Grundbuche; aber erst die Eintragung gewährt volle Sicherheit,[2] da der allein eingetragene Ehegatte noch die formale Legitimation behält, sein buchmäßiges Eigenthum gutgläubigen Erwerbern zu veräußern.[3]

---

derselben Recht sein. Anders Eccius Bd. 4 § 209 Anm. 55, Rehbein Entsch. d. O. Trib. Bd. 4 S. 186.

16) L. R. II, 1 § 364. Nach Stettiner Recht sind auch ausgenommen die Gerade der Frau und das Heergewette des Mannes, Kosmann Statutarrecht der Stadt Altstettin, 1845, § 4, II.

17) L. R. II, 1 § 370.

18) Die oben im § 28 ausgeführten Grundsätze über Receptizgut sind entsprechend anzuwenden.

1) Gesetz über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 § 5.

2) G. B. O. § 50 ordnet an, daß wo Gütergemeinschaft unter Ehegatten gilt, dieses Verhältniß auch auf den Antrag eines der Ehegatten im Grundbuche zu vermerken ist. Nach dem Wortlaut ist erfordert, daß das Grundstück in einem Gebiete der Gütergemeinschaft liegt; analog kann die Vorschrift in Fällen angewendet werden, in welchen der Ehewohnsitz in einem Gebiete der Gütergemeinschaft liegt, wenn sich auch das Grundstück außerhalb desselben befindet. Bedenklich aber wäre die Ausdehnung auf Fälle der Errichtung der Gütergemeinschaft durch — gerichtlichen — Vertrag. — Das gütergemeinschaftliche Verhältniß ist zu vermerken; die bloße Eintragung des Miteigenthums wäre nicht entsprechend; sie würde formell jeden Ehegatten zur Verfügung über die Hälfte berechtigen. Der Antrag des Ehegatten wird begründet durch den Nachweis des Ehewohnsitzes in einem Gebiete der Gütergemeinschaft. Ueber die Eintragung auf den Artikel des Mannes vgl. G. B. O. § 16.

3) L. R. II, 1 § 367. Die Erwerber sind gutgläubig, wenn sie von der Eheschließung nichts wußten, oder doch keinen Grund hatten anzunehmen, daß der eingetragene Ehemann in gütergemeinschaftlicher Ehe lebe. Sie sind auch dann gutgläubig, wenn sie wissen, daß der eingetragene Eigenthümer unter Zustimmung seines nichteingetragenen Ehegatten veräußert. Nicht zu billigen ist aber die Verfügung bei Johow App. Ger. Bd. 4 S. 68, wonach das Grundbuchamt die Bewilligung des allein eingetragenen Ehemannes zu Auflassungen und Eintragungen nicht beanstanden soll, auch wenn die Genehmigung der gütergemeinschaftlichen Ehefrau nicht beigebracht ist. Denn der Richter hat die Verfügungsfähigkeit des Auflassenden zu prüfen. Dernburg und Hinrichs Preuß. Hyp.-Recht Bd. 1 S. 284, Kam. Ger. Bd. 4 S. 151, Bd. 6 S. 91, 149, oben Bd. 1 § 205 Anm. 4.

2. Gemeinsam werden unmittelbar mit dem Eheschluß ferner die Forderungen der Ehegatten. Die Ehefrau verliert also fortan von Rechtswegen die Befugniß der Kündigung und Einziehung ihrer eingebrachten Forderungen. Ansprüche des einen Ehegatten gegen den andern erlöschen durch Konfusion.

Erwerb, welcher einem Ehegatten während der Ehe zufällt, wird von Rechtswegen mit dem Anfall gemeinsam.

3. Die Schulden, welche ein Ehegatte in die Ehe bringt, wie auch diejenigen, welche während der Ehe rechtsgültig in seiner Person entstehen, verpflichten persönlich nur ihn. Aber sie bilden zugleich Belastungen des gemeinschaftlichen Vermögens, und verhaften mit dieser Maßgabe denjenigen, welcher gütergemeinschaftliches Vermögen hinter sich hat.[4] In diesem Umfange können unter Anderem voreheliche Schulden der Frau gegen den Ehemann eingeklagt werden.[5] Waren diese Schulden bereits vollstreckbar, so kann eine vollstreckbare Ausfertigung des Titels gegen den Ehemann erwirkt werden, auf Grund deren die Zwangsvollstreckung in die gesammte gemeinschaftliche Masse zulässig ist.[6]

Aus den dargelegten Grundsätzen folgt, daß nach Auflösung der Ehe der Ehegatte, welcher nicht der persönliche Schuldner ist, insoweit durch die gütergemeinschaftlichen Schulden verpflichtet ist, als ihm Aktiven in Folge der Aufhebung der Gemeinschaft zugefallen sind.[7]

---

4) L. R. II, 1 §§ 380, 389, 391, 661, vgl. unten § 37 Ziff. 6, R. G. in Strafsachen Bd. 9 S. 162.

5) Daß die Verbindlichkeit des Ehemannes aus einem Wechsel eine Klage gegen die Ehefrau auf Höhe des gütergemeinschaftlichen Vermögens und zwar im Wechselprozeß begründe, ist anerkannt vom R. O. H. G. Entsch. Bd. 14 S. 233. Das O. Tr. hat allerdings Entsch. Bd. 34 S. 193 aus einer vor der Ehe eingegangenen Wechselverbindlichkeit der Frau die Wechselklage gegen den Ehemann für unzulässig erklärt, weil der Wechsel nicht von einer den Mann rechtsgültig vertretenden Person unterzeichnet sei. Dieser Grund schlägt aber nicht durch, wenn man mit uns annimmt, daß die Gütergemeinschaft Universalsuccession der Ehegatten begründe. — Anders bei der Verwaltungsgemeinschaft, vgl. auch oben § 22 Anm. 11.

6) R. C. P. O. § 665 ff. Ist der Titel aus einer vorehelichen Schuld der Ehefrau in solcher Weise gegen den Mann vollstreckbar gemacht, so kann natürlich auch die Subhastation in die gütergemeinschaftliche Masse beantragt werden.

7) L. R. II, 1 §§ 380, 389. Es bestehen zwei Systeme. Nach dem einen haften die Ehegatten beide persönlich und solidarisch für die vorehelichen und für die gültigen ehelichen Schulden. Dies entspricht der ursprünglichen Gestaltung des Verhältnisses. Doch kennt man das beneficium abdicationis, vermöge dessen sich die Frau unmittelbar nach dem Tode des Mannes von der Masse lossagen kann, um ihren künftigen Erwerb dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen. Nach dem andern System haftet jeder Ehegatte von vornherein für die vorehelichen und für die einseitig kontrahirten Schulden des andern Ehegatten nur mit dem gemeinsamen Vermögen. Dies entspricht der neueren Rechtsentwickelung. So Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 107. Es ist insbesondere das System des A. L. R.; es gilt auch in Stettin, Kosmann § 4 IV. In Westphalen haftet nach dem Gesetz vom 16. April 1860 § 12 die Ehefrau für die ehelichen, von ihrem Ehemann einseitig überkommenen Schulden auch mit ihrem nachehelichen Erwerb, wenn sie nicht binnen der den Erben gesetzlich zustehenden Ueberlegungsfrist ein In=

§ 37. Die Verwaltung der gemeinsamen Masse.

1. Dem Ehemanne gebührt während der Ehe die Verwaltung der gütergemeinschaftlichen Masse.[1]

Dies Verwaltungsrecht ist ein weit ausgedehnteres als das aus dem ehemännlichen Nießbrauch an dem Eingebrachten der Frau sich ergebende.

Der Ehemann ist daher zu Veränderungen, und selbst zu Verringerungen der Substanz einzelner Vermögensgegenstände, auch der Grundstücke befugt. Es ist ihm sogar verstattet, gütergemeinschaftliche Objekte auch über die Zeit der Ehe hinaus einseitig rechtsgültig zu vermiethen und zu verpachten,[2] was dem Ehemanne als Nießbraucher des Frauengutes nicht zusteht. Der Ehemann entscheidet auch über Antritt oder Entsagung der Erbschaften, welche ihm oder seiner Frau anfallen.[3]

2. Der Ehemann hat ferner die Befugniß, die Gegenstände der Gütergemeinschaft zu veräußern oder zu verpfänden. Nur für die Grundstücke der Gütergemeinschaft und für die auf den Namen der Frau geschriebenen Forderungen leidet dies eine Ausnahme.[4]

a) Grundstücke und gleichstehende Gerechtigkeiten kann nämlich der Mann nicht ohne ausdrückliche Zustimmung seiner Frau veräußern oder verpfänden.[5] Es macht keinen Unterschied, ob die Grundstücke von ihm oder von seiner Frau eingebracht, oder ob sie in der Ehe erworben wurden.

---

ventar der beim Tode des Mannes vorhandenen gütergemeinschaftlichen Masse gerichtlich niederlegt. Hierin liegt eine principielle Abweichung vom System des A. L. R. nicht.

1) L. R. II, 1 § 377. Nicht haltbar ist die Anschauung von Eccius Bd. 4 § 229 Anm. 60, daß das Verwaltungsrecht des Mannes auf der Annahme der Zustimmung der Frau beruhe. Das liegt in L. R. II, 1 §§ 387, 388 nicht. Wie wenn die Frau zur Zeit des Verwaltungsaktes zur Zustimmung unfähig war?

2) Entsch. des O. Trib. Bd. 68 S. 169, vgl. oben § 30 Anm. 15.

3) Entsch. d. O. Trib. Bd. 2 S. 232.

4) L. R. II, 1 §§ 378, 379. Die geschichtliche Entwickelung der fränkischen Gütergemeinschaft hatte gerade darin einen Ausgangspunkt, daß mit Rücksicht auf den Antheil der Frau an der Errungenschaft Zustimmung der Frau zur Veräußerung der Grundstücke des Mannes wie der Frau gefordert wurde. Schröder Geschichte des ehelichen Güterrechtes Bd. 2 Abth. 2 S. 176, Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 101. Dieses Zustimmungsrecht hat sich erhalten, es ist namentlich in Süddeutschland der Art Regel, daß es Roth bayersches C. R. § 77 für Bayern als gemeinrechtlich ansieht; siehe auch Roth d. P. R. Bd. 2 § 105 Anm. 23. Anders das westphälische Recht, unten Anm. 26.

5) Ueber die Form, in welcher die Zustimmung der Frau zu ertheilen war, bestand Streit, welcher durch den Plenarbeschluß des O. Trib. vom 22. März 1847, Präj. 1847 dahin entschieden wurde, daß es — mindestens für Immobilien — der schriftlichen Form bedürfe. R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 690. Vgl. aber Striethorst Archiv Bd. 80 S. 357 ff., Eccius Bd. 4 § 209 Anm. 62. Die Einwilligung muß eine specielle sein, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 49 S. 185. Ist nur die Frau eingetragen, so ist sie unter beglaubigter Genehmigung ihres Ehemannes zur Veräußerung und Verpfändung befugt nach Johow Jahrb. d. A. G. Bd. 5 S. 98.

Die Einschränkung bezieht sich aber nur auf den Fall, daß den Ehegatten Eigenthum an den Grundstücken zusteht. Sie greift nicht ein, wenn sie bloß einen Anspruch auf den Eigenthumserwerb haben, wenn z. B. ein Grundstück gekauft, aber noch nicht aufgelassen war.[6 7] Die Zustimmung ist ferner nur erforderlich in Fällen, in denen die Veräußerung oder Verpfändung auf der Entschließung der Betheiligten beruht, nicht wo sie auch gegen ihren Willen durchgesetzt werden kann.[8] Hat die Ehefrau dem Veräußerungsgeschäft zugestimmt, so bedarf es nicht einer Wiederholung ihrer Einwilligung zur Auflassung, wenn diese nur Erfüllung des Veräußerungsvertrags bildet.[9]

Zu dinglichen Belastungen, abgesehen von Verpfändung, ist der Ehemann selbständig befugt.[10 11] Dies ist dann nicht der Fall, wenn sie eventuell

6) Der Ehemann kann daher ein derartiges Recht ohne Zustimmung der Frau abtreten. R. G. im J. M. Bl. 1883 S. 297 und in Straff. Bd. 7 S. 268. So auch sein Recht aus dem Meistgebot in einer Subhastation. Zweifelhafter wird der Fall, wenn das fragliche Grundstück gekauft und übergeben, aber noch nicht aufgelassen ist. Wir würden die Beschränkung des Ehemannes als eingetreten erachten, da die Gatten bereits publicianischen Besitz hatten. Anders R. G. Bd. 9 S. 272.

7) Der Verkauf der einem Ehegatten, z. B. der Frau, angefallenen Erbschaft, in welcher sich Grundstücke befinden, ist keine Veräußerung des Immobile und fällt streng genommen nicht unter die Beschränkung des § 378. Dennoch ist nach dem Sinne des Gesetzes der Verkauf eines derartigen Vermögens von Zustimmung der Frau abhängig zu machen. Entgegengesetzt O. Trib. Entsch. Bd. 76 S. 153, vgl. auch R. G. in Straff. Bd. 9 S. 276. Für den Fall der Veräußerung der gesammten gütergemeinschaftlichen Masse durch Vitalitienvertrag nimmt aber Entsch. des O. Trib. Bd. 66 S. 101 das hier vertheidigte Princip an.

8) Gläubiger, und zwar voreheliche wie eheliche, können die Eintragung einer Hypothek wegen ihrer gegen den Ehemann vollstreckbaren Geldforderungen auf Grundstücke erlangen, auf welche der Ehemann eingetragen ist, oder bei welchen das auf die allgemeine Gütergemeinschaft gegründete Miteigenthum des Mannes vermerkt ist. Sie können die Eintragung dieses Miteigenthums auf Grundstücke, welche bloß auf den Namen der Frau eingetragen sind, beantragen. G. B. O. § 55 ff. Auch aus vollstreckbaren Urkunden und vollstreckbaren Vergleichen, welche der Mann ohne seine Frau einging, können — Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien § 6 — Vormerkungen auf die Objekte der gütergemeinschaftlichen Masse eingetragen werden. Die Frau kann aber deren Beseitigung durchsetzen, wenn sie nachweist, daß die Absicht der Betheiligten nur darauf ging, unter dem Schein jener Beurkundung und mit Hülfe derselben die Verpfändung der gütergemeinschaftlichen Objekte ohne Willen der Frau durchzusetzen. So R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 701. Vgl. Bolze R. G. Bd. 6 n. 695. Es kann dies namentlich von Bedeutung werden, wenn die Ehe bereits getrennt ist.

9) Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 2 S. 100.

10) Nur Veräußerung und Verpfändung ist in L. R. II, 1 § 378 dem Ehemanne untersagt. Es ist hieraus zu schließen, daß andere Arten von Belastungen des Grundstücks dem Ehemann frei stehen, abgesehen etwa von einer wirthschaftlich dem Pfandrecht analogen Belastung des Grundstücks mit einer dauernden Geldrente. Allerdings wird, L. R. II, 1 § 232, dem Ehemanne, welcher den Nießbrauch am Frauengute hat, untersagt, zu veräußern, zu verpfänden oder eine bleibende dingliche Last aufzulegen. Es ist aber nicht befremdend, daß dem Ehemanne, welcher Miteigenthümer und bei den Belastungen daher direkt betheiligt ist, ein höheres Maß von Befugnissen zusteht, als bei der bloßen Verwaltungsgemeinschaft.

11) Der Ehemann darf auch ohne Zuziehung der Frau Grundstücke ankaufen und die Eintragung von Hypotheken für die Restkaufgelder bewilligen, Striethorst Archiv Bd. 67 S. 149. Allerdings entsteht auch in solchem Fall die Hypothek erst nach dem

eine Veräußerung in sich schließen, wie bei Bewilligung eines Vorkaufsrechts.[12]

Die ohne Zustimmung der Frau vorgenommene Veräußerung oder Verpfändung ist wirkungslos.[13] Durch nachträgliche Genehmigung der Frau wird sie aber gültig.[14] Der Mitkontrahent bleibt daher nach den Grundsätzen der hinkenden Verträge bis zur Entschließung der Frau gebunden.[15] Ehemann, wie Ehefrau können, wenn die Genehmigung nicht erfolgt, vindiciren.[16] Hat sich aber der Ehemann fälschlich für legitimirt zum Veräußerungsgeschäft ausgegeben, so ist er dem Mitkontrahenten entschädigungspflichtig,[17] eine Verpflichtung, welche die gemeinsame Masse trifft.

b) Der Ehemann ist ferner nicht befugt, **Kapitalforderungen, welche auf den Namen der Frau oder ihrer Rechtsvorfahren geschrieben sind**, ohne Zustimmung seiner Frau[18] zu kündigen, einzuziehen, zu begeben,[19] oder ganz oder theilweise zu erlassen. Es gilt dies auch für Kapitalien, welche während der Ehe auf den Namen beider Ehegatten ausgethan und geschrieben wurden.[20]

Eigenthumserwerb, aber der Grund des Verbots greift hier nicht ein. Würde der Verkäufer Grundschulden für den Betrag des Kaufpreises eintragen und dann erst dem Manne auflassen, so wäre jeder Zweifel gehoben.

12) Striethorst Archiv Bd. 71 S. 167 ff.

13) Das Obertribunal hatte früher, Entsch. Bd. 3 S. 242 die Meinung, daß das Geschäft hinsichtlich des „ideellen Antheils" des Ehemanns gültig sei. Dies war offenbar prinzipwidrig. In seinem Gutachten vom 24. August 1840 (oben § 35 Anm. 7) hat daher jenes Gericht mit Fug ausgeführt, daß die ganze Verfügung hinfällig und auch in Beziehung auf einen Antheil wirkungslos sei, da die gewöhnlichen Grundsätze des Miteigenthums auf das eigenthümliche Verhältniß der Gütergemeinschaft nicht anwendbar seien. Dies ist seitdem in Theorie und Praxis des Preußischen Rechts allgemein anerkannt. Hiernach auch R. G. Bd. 1 S. 397. Vgl. auch R. G. Bd. 22 S. 282. — Eine **Konventionalstrafe**, zu welcher sich der Mann für den Fall der Nichteinwilligung seiner Frau verpflichtet, ist ungültig. Entsch. d. O. Trib. Bd. 75 S. 265, Eccius Bd. 4 § 209 Anm. 65. Dagegen Hinschius in Behrends Ztschr. Bd. 5 S. 281.

14) Entsch. des O. Trib. Bd. 67 S. 92.

15) Es treten also die Sätze von L. R. I, 5 §§ 12. 13 ein; vgl. Striethorst Archiv Bd. 20 S. 209 ff., R. G. Bd. 22 S. 281.

16) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 91 S. 200 ff. und R. G. Bd. 1 S. 396. Dem klagenden Ehemanne kann, da ihm Verfügungsfähigkeit fehlte, exceptio rei venditae et traditae nicht entgegengestellt werden.

17) L. R. I, 5 § 31 ff. Vgl. jedoch R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 727.

18) L. R. II, § 379. Ueber vermuthete Vollmacht in dringlichen Fällen siehe L. R. I, 13 § 149. § 120, oben Bd. 1 § 116 Ziff. 2.

19) Vgl. übrigens R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 726.

20) L. R. II, 1 § 379. Es bezieht sich dies nicht bloß auf hypothekarische, sondern auch auf bloß persönliche Forderungen, welche eine bleibende Anlage bilden sollten. — Das O. Trib. hat, Entsch. Bd. 61 S. 143, mit Recht angenommen, daß § 379 keine Anwendung finde, wenn das Abhandenbringen des Kapitals nicht der unmittelbare Gegenstand des Rechtsgeschäfts, sondern nur Folge einer von dem Manne in den Grenzen seiner Befugnisse vorgenommenen Handlung sei. Deshalb kann namentlich falls die Eheleute Kaufgelder aus einem gemeinschaftlich geschlossenen schriftlichen Kaufvertrag zu fordern hatten, demnächst aber der Ehemann ohne Einwilligung der Frau

Löschung einer derartigen hypothekarischen Forderung ohne Bewilligung der Frau ist daher nicht zulässig.

Die zur Ungebühr eingezogene Forderung besteht fort. Sie kann folgerecht sogar vom Manne durch Klage zur Anerkennung gebracht werden; ihre Abtretung durch die Eheleute an Dritte ist rechtsbeständig, ihre Ueberweisung an deren Gläubiger zulässig.[21][22]

3. Gemeinrechtlich erachtet man den Mann meist nicht als zu Schenkungen selbständig befugt.[23] Nach preußischem Recht stehen ihm Schenkungen offen.[24] Doch hat die Frau ein Widerrufsrecht,

a) sofern sie im Fall einer von ihr selbst vollzogenen Schenkung zum Widerruf berechtigt wäre.

b) Wenn der Mann durch einseitige, auf bloßer Freigebigkeit beruhende Schenkungen das Vermögen dergestalt erschöpft hat, daß die Frau nicht einmal ihr Eingebrachtes zurückerhalten kann, ist sie behufs Ergänzung des Fehlenden zum Widerruf befugt.

Widerruft die Frau in solchen Fällen nicht, so können diese Schenkungen bei der Auseinandersetzung nach Beendigung der Gütergemeinschaft dem Manne gleichwohl in Rechnung gebracht werden.[25][26]

---

die Aufhebung des noch nicht erfüllten Kaufvertrags vergleichsweise vereinbart, der Vergleich nicht wegen Mangels der Zustimmung der Frau angefochten werden.

21) O. Tribunal, Entsch. Bd. 75 S. 281 ff. Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 727.

22) Es kann mit der condictio sine causa, welche dem zahlenden Schuldner gegen den Ehemann und die gütergemeinschaftliche Masse als solche zusteht, nicht auf die auf den Namen der Frau geschriebene Forderung kompensirt werden. Geht man von der Ausschließung der Kompensation nicht aus, so hätte das Verbot der einseitigen Einziehung solcher Forderungen durch den Ehemann keine praktische Realisirbarkeit. Anders jedoch R. G. Bd. 23 S. 276. Eccius Bd. 4 § 209 Anm. 65 sucht die praktische Bedeutung nur darin, daß der Schuldner dem Ehemann, welcher ohne Zustimmung seiner Ehefrau das Kapital einfordert, nicht zu zahlen brauche. Aber was geht den Schuldner das Verhältniß zwischen Mann und Frau an!

23) Beseler P. R. § 122 Anm. 21. Roth bayer. C. R. Bd. 1 § 77 Anm. 16.

24) L. R. II, 1 § 381 ff.

25) L. R. II, 1 § 383.

26) In Westphalen ist nach dem Gesetz vom 16. April 1860 § 3 der Ehemann einseitig befugt, durch lästige Verträge über alle Gegenstände des gemeinsamen Vermögens zu verfügen, insbesondere auch Grundstücke und Gerechtigkeiten zu veräußern oder zu verpfänden, und auf den Namen der Frau oder ihrer Vorfahren geschriebene Kapitalien einzuziehen. Grundstücke, sowie das gesammte bewegliche Vermögen oder eine Quote desselben darf er aber nicht verschenken, auch nicht einzelne Mobilien, ofern er sich den Nießbrauch daran vorbehalten will. Seine Legitimation zur Auflassung gütergemeinschaftlicher Grundstücke erfordert daher Vorlegung des Veräußerungsgeschäfts in beglaubigter Form, oder Zustimmung der Ehefrau. Uebertragungsverträge des Gesammtvermögens oder eines Theils an einen Präsumtiverben oder auch an Dritte — Vitalitienverträge — bedürfen des Zusammenhandelns beider Ehegatten gleichfalls. Vgl. R. G. Bd. 1 S. 393. Ueber die Beschränkungen der westphälischen Ehegatten bezüglich des Rechts zum Testiren siehe unten § 104 Anm. 27.

4. Zu Prozessen über das gütergemeinschaftliche Vermögen ist der Ehemann in der Regel auch ohne Zuziehung seiner Frau befugt.[27]

5. Selbstverständlich sind alle Verfügungen des Mannes in fraudem der Frau — z. B. Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts, um mit dem Erlös auszuwandern und die Frau zu verlassen — anfechtbar[28] auch gegen Dritte, welche die arglistige Absicht des Mannes kannten, da diesem die Verfügungsgewalt nur zu den Zwecken der Ehe eingeräumt ist;[29] die Frau kann daher vom kolludirenden Dritten Rückgabe, eventuell Werthersatz fordern.[30]

Es steht ferner der Frau frei, gegen jede beabsichtigte Verfügung ihres Mannes demjenigen, mit welchem sie vollzogen werden soll, ihren Widerspruch zu erklären. Ein derartiger ausdrücklicher Widerspruch macht das Rechtsgeschäft unwirksam,[31] und zwar für und gegen alle Betheiligte.

Auch ist rechtsverbindlich ein Vertrag, durch welchen sich der Ehemann verpflichtet, Rechtsgeschäfte oder gewisse Arten von Geschäften nur unter Bewilligung der Frau abzuschließen. Derselbe wirkt Dritten gegenüber jedoch nur, wenn sie von demselben wußten.[32]

In allen Fällen, in welchen die Frau die Einwilligung versagt oder Widerspruch einlegt, kann ihre Zustimmung vom Vormundschaftsgericht ergänzt werden, wenn die vom Manne beabsichtigte Verfügung nothwendig oder den Interessen der Frau unnachtheilig ist.[33]

---

27) Die A. G. O. I, 1 § 23 verfügt: bei Gütergemeinschaften bedürfe es zu Prozessen, welche das Eingebrachte der Frau betreffen, der Zuziehung der Frau nur dann, wenn der Gegenstand des Streites ein Grundstück, oder eine Gerechtigkeit der Frau, oder ein auf den Namen der Frau, ihrer Rechtsvorgänger oder beider Eheleute geschriebenes Kapital betreffe. L. R. II, 1 §§ 378, 379. Es ist dies nicht mit O. Trib. Bd. 19 S. 423 auf Prozesse über Reallasten zu beziehen, da sich die Jurisprudenz dahin festgestellt hat, daß die Beschränkung des § 378 — oben Anm. 10 — Bestellung und Aufgabe solcher Rechte überhaupt nicht betrifft. — Aus der Bestimmung der A. G. O. folgert man arg. a contrario, daß der Mann befugt sei, einseitig über die nicht von der Frau eingebrachten Grundstücke zu prozessiren. Vergleiche aber, wodurch er solche aufgiebt, kann er wenigstens dann nicht einseitig schließen, wenn die Ehegatten bisher im Besitz des streitig gewordenen Grundstücks waren, vgl. Striethorst Archiv Bd. 80 S. 173, Eccius Bd. 4 § 209 Anm. 68.

28) Wenn also die Gesetzkommission unterm 25. Oktober 1788 und 22. Juli 1790 Schenkungen in fraudem uxoris für ungültig erklärte — Rabe Bd. 1 Abth. 7 S. 742, Bd. 13 S. 202 —, so ist das hierin liegende Prinzip auch heute anzuwenden, obgleich es im Landrecht keine besondere Anerkennung fand. Dasselbe gilt namentlich auch für Westphalen.

29) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 57 S. 144ff., Striethorst Archiv Bd. 67 S. 74. Die Frau kann Eintragung einer Verfügungsbeschränkung ihres Mannes im Grundbuch erlangen.

30) Striethorst Archiv Bd. 86 S. 208ff.

31) L. R. II, 1 § 387 ff., Entsch. des O. Trib. Bd. 53 S. 157. Ueber diese s. g. reclamatio uxoria siehe auch Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 105 Anm. 16.

32) Striethorst Archiv Bd. 17 S. 58. Eintragung im Grundbuch ist zulässig.

33) L. R. II, 1 § 388. Vgl. Jahrb. d. Kam. G. Bd. 3 S. 71. Ist die Frau bevormundet, so hat ihr Vormund an ihrer Statt einzuwilligen, wobei Vormundschaftsordnung §§ 41 und 42 zu beachten sind.

6. Was die während der Ehe übernommenen Verbindlichkeiten anlangt, so verpflichtet der Ehemann durch Rechtsgeschäfte sich persönlich und außerdem die gemeinschaftliche Masse[34] unter den oben gedachten Einschränkungen. Die Ehefrau ist zur Eingehung von Verbindlichkeiten durch Rechtsgeschäfte nur unter denselben Beschränkungen befugt, wie eine Frau, deren Vermögen dem Nießbrauchsrecht ihres Mannes untersteht.[35] Gesetzliche Verpflichtungen und Deliktsschulden der Frau wie des Mannes verbinden den betreffenden Ehegatten persönlich[36] und lasten außerdem auf der gemeinschaftlichen Masse. Geldstrafen und Untersuchungskosten werden aber dem schuldigen Theil bei der Auseinandersetzung auf seinen Antheil angerechnet, auch können die vom andern Theil eingebrachten Grundstücke nur in letzter Linie für solche Schulden in Anspruch genommen werden.[37]

7. Daß die Frau im Fall der Verhinderung ihres Mannes ihn rechtsgültig vertritt, ergeben die allgemeinen Grundsätze. Ist der Mann wegen Abwesenheit, Geisteskrankheit, Verschwendung unter Vormundschaft zu stellen, so empfiehlt es sich bei der gütergemeinschaftlichen Ehe ganz besonders, von der Befugniß der Vormundschaftsordnung Gebrauch zu machen, wonach die Ehefrau zur Führung einer derartigen Vormundschaft berufen werden kann.[38][39]

§ 38. Aufhebung der Gütergemeinschaft während der Ehe.[1]

Die Gütergemeinschaft dauert in der Regel bis zur Auflösung der Ehe. Ausnahmsweise tritt während der Ehe eine Aufhebung oder wenigstens eine Beschränkung der Gütergemeinschaft in folgenden Fällen ein.[2]

---

34) L. R. II, 1 § 380. Persönlich haftet auch die Ehefrau, wenn sie mitabschloß oder sich verbürgte.

35) L. R. II, 1 § 389. R. G. Bd. 4 S. 241. Vgl. oben § 21 unter b) und § 22. Es ist im § 389 statt „§ 322, 325—328“ zu setzen „§§ 321, 324—327.“ Reskript vom 14. Juli 1837.

36) Allerdings ist dieser Satz im Landrecht nicht allgemein ausgesprochen. Allein die gütergemeinschaftliche Masse bleibt doch immer Vermögen der Frau, darum der Zwangsvollstreckung für ihre Schulden unterworfen. Nur Rechtsgeschäften der Frau ist, von besonderen Voraussetzungen abgesehen, die Rechtswirkung entzogen. Vgl. L. R. II, 1 §§ 384, 390. So auch R. G. Bd. 23 S. 185, Eccius Bd. 4 § 209 Anm. 72, ferner das O. Trib. Entsch. Bd. 47 S. 238, anders freilich Striethorst Bd. 41 S. 267.

37) L. R. II, 1 §§ 384 ff., 390.

38) Vormundschaftsordnung § 83 Abs. 2.

39) Nach dem westphälischen Provinzialgesetz vom 16. April 1860 § 4 ruht das Verwaltungsrecht und Verfügungsrecht des Mannes und wird von der Frau ausgeübt, wenn der Mann unter Vormundschaft zu setzen ist. Auch ist die Frau bei einer Untersuchungs- oder Strafhaft des Mannes über drei Monate hinaus berechtigt, Alles zu thun, was zu einer ordentlichen und gewöhnlichen Vermögensverwaltung nothwendig ist. Das Nähere § 5 daselbst.

1) L. R. II, 1 §§ 392 ff., 420, 421. Die gesetzlichen Bestimmungen sind sehr aphoristisch und die Litteratur hat zu ihrer Ergänzung wenig gethan. Im Text ist versucht, einige der wichtigeren Fragen, die sich aufwerfen, im Wege juristischer Konstruktion zu beantworten.

1. Wenn der eine Theil mehr Schulden als Aktiven in die Gemeinschaft gebracht hat, so gewährte man gemeinrechtlich dem getäuschten Ehegatten Restitution, in manchen Statuten wenigstens Separation.[3] Das Landrecht giebt innerhalb zweier Jahre nach vollzogener Ehe ein doppeltes Recht.

a) Der getäuschte Ehegatte kann binnen der 2 Jahre die Absonderung des Vermögens des überschuldeten Theils fordern und die vorehelichen Gläubiger desselben auf dies Vermögen verweisen.[4][5]

Den ehelichen Gläubigern, mögen sie vor oder nach der Absonderung erwachsen, haftet die gesammte Masse, wie wenn diese Absonderung nicht eingetreten wäre.[6]

b) Der getäuschte Ehegatte kann des Weiteren innerhalb der zwei Jahre Aufhebung der Gütergemeinschaft fordern.[7] In diesem Falle bleibt

2) Ueber die Aufhebung während der Ehe durch Vertrag vgl. oben § 34 Anm. 7. Eine durch Vertrag entstandene Gütergemeinschaft kann jederzeit durch Vertrag wieder aufgehoben werden, L. R. II, 1 § 419. Bezüglich der Verträge über die nach der Auflösung der Ehe eintretenden Folgen vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 726.

3) Vgl. die süddeutschen bei Roth bayer. Civilrecht Bd. 1 § 78 Anm. 5 angeführten Statuten. Nach lübischem Recht — lib. 1 tit. 5 art. 11 — kann eine Frau von ihrem Manne, welcher überschuldet ist, ihren Brautschatz fordern, wenn die Ehe unbeerbt ist, aber die Sonderung hat den Gläubigern gegenüber keine Kraft, sobald die Ehe nachträglich durch die Geburt eines Kindes beerbt wird. Entsch. des O. Trib. Bd. 58 S. 270.

4) L. R. II, 1 § 393 spricht aus, die vorehelichen Gläubiger können „sich nur an das abgesonderte Vermögen ihres eigentlichen Schuldners halten". Eccius Bd. 4 § 209 Anm. 79 führt im Gegensatz gegen unsere früheren Auflagen aus: „Der Gedanke des Landrechts ist, daß der die Absonderung verlangende Gatte, so lange die Gütergemeinschaft besteht, jedem Zugriff des vorehelichen Gläubigers auf gütergemeinschaftliches Vermögen widersprechen und verlangen kann, daß dieses zum Bestreiten der ehelichen Bedürfnisse erhalten werde." Ein dem vorehelichen Gläubiger zugänglicher Vollstreckungsgegenstand außer den Aktiven des abgesonderten Vermögens ergiebt sich erst wieder nach einer Auseinandersetzung.

5) Die Absonderung schadet nicht bloß den ursprünglichen vorehelichen Gläubigern, sondern auch deren Cessionarien, selbst wenn die Cession während der Ehe erfolgte. Auch ändert hieran nichts, daß während der Ehe ein rechtskräftiges Urtheil gegen den Schuldner gewonnen ist, oder vom andern Ehegatten eingebrachte Objekte bereits gepfändet sind oder mit einer Judikatshypothek bestrickt wurden. Ja selbst wenn der überschuldete Ehegatte Wechsel prolongirt oder eine Novation vorgenommen hat, wird stets der voreheliche Ursprung der Forderung maßgebend sein müssen.

6) Daß der auf Absonderung provocirende Theil auch befugt ist, wie unsere früheren Auflagen annahmen, bei der schließlichen Auseinandersetzung sein Eingebrachtes als Voraus in Anspruch zu nehmen, ist nicht richtig. Eccius Bd. 4 § 209 Anm. 181.

7) L. R. II, 1 § 420. Die Komplikation des durch bloße Absonderung entstehenden Rechtsverhältnisses, wie auch der Umstand, daß der getäuschte Ehegatte meist das Vertrauen zu dem Gatten verloren haben wird, rechtfertigt die ihm gewährte Möglichkeit völliger Aufhebung der Gütergemeinschaft. Ob er Absonderung oder Aufhebung beantragt, ist Sache seiner Wahl; was er wollte, im Zweifel Sache der Auslegung, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 67 S. 103. Es hat jedoch nicht an Präjudikaten gefehlt, welche Absonderung und Aufhebung der Gütergemeinschaft identificirten. Vgl. insbesondere Entsch. des O. Trib. Bd. 16 S. 226.

zwar die ganze ehemals gütergemeinschaftliche Masse denjenigen Gläubigern verhaftet, welche während der Ehe bis zur Aufhebung der Gemeinschaft, und, wenn sie von der Aufhebung nichts wußten, bis zu deren Bekanntmachung mit dem Ehemann verhandelten. Spätere Gläubiger aber haben ebenso wie die vorehelichen nur gegen denjenigen Ehegatten Ansprüche, mit welchem sie kontrahirten oder in dessen Person sonst die Verbindlichkeit entstand.

Absonderung, sowie Aufhebung der Gütergemeinschaft wegen Ueberschuldung kann nicht bloß von dem Ehegatten selbst und gegen den Ehegatten, sie kann auch noch von deren Erben und gegen deren Erben nachgesucht werden, da Vermögensrechte in der Regel vererblich sind und das vorliegende Verhältniß keinen Grund giebt, welcher zu einer Ausnahme nöthigte.[8]

Behufs der Absonderung wie der Aufhebung der Gütergemeinschaft ist im Wege freiwilliger Gerichtsbarkeit ein Auseinandersetzungsverfahren zu eröffnen. Bleiben Streitigkeiten, so sind sie im Prozeßwege durch rechtskräftiges Erkenntniß zu erledigen.[9]

2. Tritt während der Ehe Konkurs über die Gemeinschaftsmasse wegen durch den anderen Theil gemachter Schulden ein, so kann der hiervon mitbetroffene unschuldige Ehegatte Aufhebung der Gemeinschaft für die Zukunft fordern.[10]

3. Die Aufhebung der Gütergemeinschaft muß, um Wirksamkeit gegen Dritte zu gewinnen, welche ohne von derselben Kenntniß zu haben mit den Ehegatten kontrahiren, in derselben Weise bekannt gemacht werden, wie die ursprüngliche Ausschließung.[11] Bei der bloßen Absonderung wegen vorehelicher Schulden bedarf es dagegen einer öffentlichen Bekanntmachung nicht.[12]

---

8) Entsch. des O. Trib. Bd. 60 S. 158.

9) Die Weise des Verfahrens entwickelte das Reskript des Justizministers vom 26. Oktober 1838, v. Kampß Jahrb. Bd. 52 S. 457. R. G. Bd. 20 S. 256 fordert zur Vollziehung der Auseinandersetzung Auflassung; vgl. aber Eccius Bd. 4 § 209 I a. E., oben Bd. 1 § 224 Ziff. 4.

10) L. R. II, 1 § 421.

11) L. R. II, 1 § 422, vgl. oben § 34 im Text hinter Anm. 8.

12) Das Obertribunal, welches Entsch. Bd. 2 S. 30 das Gegentheil angenommen hatte, hat in einem in den Kampß'schen Jahrbüchern Bd. 51 S. 141 veröffentlichten Plenarbeschluß mit Recht festgestellt, daß zur vollen Kraft einer derartigen Absonderung, weil sie bloß auf die vorehelichen Schulden sich beziehe, die im § 422 des Titels und im Gesetze vom 20. März 1837 vorgeschriebene Bekanntmachung nicht erforderlich sei. Der Justizminister verfügte freilich gleichzeitig, daß eine derartige Bekanntmachung, obgleich sie nicht wesentlich sei, dennoch geschehen solle, damit kein Dritter sich noch bestimmen lasse, eine Forderung durch Cession zu erwerben, welche er für eine in die Gütergemeinschaft fallende Schuld hält, während ihm hierfür die gütergemeinschaftliche Masse nicht hafte. Es hat dies Reskript keine gesetzliche Grundlage. Den Parteien sind daher Kosten zu jenem Zweck nicht zu machen.

Im Fall der Aufhebung der Gütergemeinschaft wegen vorehelicher Schulden oder wegen Konkurses tritt vollständige Gütertrennung ein; die Ehefrau erlangt damit zugleich das Recht, ihr abgetrenntes Vermögen selbständig zu verwalten.[13]

§ 39. Beendigung der Gütergemeinschaft in Folge Todes eines Ehegatten.

1. Die eheliche Gütergemeinschaft als durch die Ehe bedingt, erlischt nothwendigerweise mit Auflösung der Ehe, geschehe sie nun durch Tod oder durch rechtskräftiges Scheidungsurtheil.

Nach mehreren Partikularrechten setzt der überlebende Ehegatte, sei es der Vater oder die Mutter, die Gütergemeinschaft mit den unabgefundenen eigenen Kindern, wie auch mit deren Rechtsnachfolgern fort. Diese fortgesetzte Gütergemeinschaft ist eine neue, eigenthümliche. Sie umfaßt die gütergemeinschaftliche Masse der Ehegatten und den Erwerb des überlebenden Gatten, den Erwerb der Kinder aber nur, soweit er dem elterlichen Haushalte oder Gewerbe zugehört. Der überlebende Ehegatte hat regelmäßig dieselben Befugnisse, wie der Ehemann sie während der Ehe hatte, die Kinder haben die Rechte, welche der Ehefrau während der Ehe zustanden.

Schichtung d. h. Auseinandersetzung hat regelmäßig im Falle der Wiederverheirathung des Ueberlebenden zu geschehen, wenn es nicht zu einer Einkindschaft gekommen ist, ferner im Fall der Unfähigkeit oder Unwürdigkeit desselben, nach einigen Rechten auch zufolge testamentarischer Anordnung des Vorversterbenden. Für die Auseinandersetzung ist die Zeit der Endigung der fortgesetzten Gütergemeinschaft, nicht die des Todes des vorverstorbenen Ehegatten maßgebend. Rechnungstellung über die Verwaltung kann nicht gefordert werden.[1]

2. Das Landrecht kennt eine derartige fortgesetzte Gütergemeinschaft nicht.[2] Mit Auflösung der Ehe durch den Tod tritt vielmehr an die

---

13) Dies liegt im Sinne der bezüglichen Bestimmungen. Das Vertrauen zum Ehemann ist erschüttert. Eine ausdrückliche Entscheidung der Frage ist im Gesetz nicht getroffen.

1) Die fortgesetzte Gütergemeinschaft — communio prorogata — findet sich in Westphalen nach dem Gesetz vom 16. April 1860 § 10 ff., vgl. Welter a. a. O. § 189 ff., und in Pommern in der Stadt Stettin, vgl. Kosmann Statutarrecht § 6 ff., ferner nach lübischem Recht II, 2 Art. 8, sowie nach der Pommerschen Bauerordnung vom 30. December 1764, Entsch. des O. Trib. Bd. 77 S. 58 ff., Striethorst Archiv Bd. 68 S. 104 ff., S. 288 ff. Auch lukrativer Erwerb des überlebenden Ehegatten fällt in der Regel in die Gemeinschaft, insbesondere in Westphalen, Gesetz von 1860 § 10 Abs. 3, nach der Pommerschen Bauerordnung, Striethorst Archiv Bd. 68 S. 110; über Stettin siehe jedoch Kosmann S. 38. Vgl. überhaupt Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 111.

2) Striethorst Archiv Bd. 25 S. 133; vgl. Witte Intestaterbrecht S. 102 ff., Heimlich bei Gruchot Bd. 17 S. 832, siehe übrigens auch unten Anm. 6.

Stelle der bisherigen Gütergemeinschaft Miteigenthum gewöhnlicher Art zu ideellen Theilen:[3]

a) Demgemäß nimmt der überlebende Ehegatte die Hälfte des Gesammtgutes als sein Eigenthum, die andere Hälfte bildet den Nachlaß des Verstorbenen.[4] Besitz und Verwaltung der gesammten Masse bleibt bis zur Auseinandersetzung beim Ueberlebenden.[5] Er hat Angefangenes nach den Grundsätzen der offenen Handelsgesellschaft fortzuführen und zu beendigen.[6] Wegen gütergemeinschaftlicher Schulden sind bis zur Auseinandersetzung der überlebende Ehegatte und die Erben des Vorverstorbenen gemeinschaftlich zu belangen.[7] Vermehrung und Verlust der Masse geht auf Rechnung aller Miteigenthümer; was der überlebende Ehegatte aber fortan ohne Rücksicht auf den Besitz der gemeinsamen Masse erwirbt, kommt nicht zur Theilung.[8]

b) Von der Hälfte des Verstorbenen hat ferner der Ehegatte, wenn nicht abgefundene Kinder vorhanden sind, eine Erbportion, ferner

3) Vgl. L. R. II, 1 § 653, R. G. Bd. 21 S. 254.

4) L. R. II, 1 §§ 637, 638.

5) L. R. II, 1 § 656. Das Recht der Verwaltung erstreckt sich hiernach auf das gemeinschaftliche Vermögen, nicht auf das Einhandsgut des verstorbenen Ehegatten, vgl. oben § 35 Anm. 10 ff. Durch letztwillige Verfügung des vorversterbenden kann dem überlebenden Gatten die Verwaltung nicht entzogen werden, da der Vorversterbende nicht zu letztwilligen Verfügungen über das Gesammtvermögen berechtigt ist, Striethorst Archiv Bd. 88 S. 294. Die Grenzen des Verwaltungsrechts sind vom Gesetz nicht besonders bestimmt. Turnau G. B. O. Bd. 2 § 75 findet sie in den — oben § 37 erörterten — Beschränkungen des Ehemannes bezüglich der Verwaltung des gütergemeinschaftlichen Vermögens. Sie sind aber enger zu ziehen, es sind die Grundsätze von L. R. I, 14 § 109 ff. anzuwenden. Darauf weist hin, daß Rechnungslegung erfordert wird, L. R. II, 1 § 657, vgl. auch Rehbein und Reincke zu L. R. II, 1 § 656. Verfügungen, zu denen ein Verwalter nicht legitimirt ist, bedürfen daher der Zustimmung der Erben des vorverstorbenen Ehegatten, und im Falle ihrer Handlungsunfähigkeit der ihrer Vormünder sowie nach Maßgabe der Vormundschaftsordnung § 42 des Vormundschaftsgerichts. Zu Substanzveränderungen, insbesondere zur Annahme der Zahlung von Hypothekenkapitalien, zu Löschungsbewilligungen, ist der Ueberlebende hiernach nicht selbständig befugt. Vgl. Johow Jahrb. d. App. Ger. Bd. 7 S. 237, — Bd. 8 S. 233 betrifft ein anderes Verhältniß, — ferner Jahrbuch des Kammergerichts Bd. 2 S. 133. Auch zur selbständigen Führung von Prozessen ermächtigt jene Verwaltung nicht, L. R. I, 14 § 123, Striethorst Archiv Bd. 18 S. 137.

6) L. R. II, 1 § 655. — L. R. II, 18 § 410 bestimmt: die Wittwe, welche mit ihrem verstorbenen Manne in der Gütergemeinschaft lebte, könne auf deren Fortsetzung mit den noch unabgefundenen Kindern antragen; die Auseinandersetzung solle in diesem Falle nur bei Uebergang der Wittwe zur zweiten Ehe, Heirath der Tochter, eigener Wirthschaft der Söhne Seitens des Vormundes verlangt werden. Es wird also dem Ermessen der Vormundschaftsbehörden anheimgestellt, eine Art fortgesetzter Gütergemeinschaft zu bewilligen; vgl. aber Falkmann bei Gruchot Bd. 35 S. 529 Anm. 127 und dort Angef. Die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 widersetzt sich derartigen Abmachungen nicht. So auch Rehbein und Reincke zu § 410.

7) L. R. I, 17 § 127 Entsch. d. O. Trib. Bd. 79 S. 146.

8) L. R. II, 1 § 654 ff. 660.

9) L. R. II, 1 §§ 637 ff. 643. Näheres unten § 191 Anm. 13.

ein Voraus an Mobilien[9] und den lebenslänglichen Nießbrauch[10] an den Erbtheilen seiner Miterben. Dieser Nießbrauch unterliegt den gewöhnlichen Grundsätzen. Die Miterben können daher Auseinandersetzung trotz desselben fordern, die Ausantwortung aber der ihnen zufallenden Hälfte erfolgt erst nach dem Tode des Längstlebenden.[11]

c) Die Auseinandersetzung scheidet vor Allem etwaige Einhandsgüter aus,[12] theilt die gemeinschaftliche Masse in Hälften und zieht ab, was etwa der eine Ehegatte sich z. B. wegen Deliktsschulden, Schenkungen anrechnen lassen muß.[12a]

d) In mehrerer Hinsicht hat das Gesetz den überlebenden Ehegatten bevorzugt. Er hat das Recht, von den Erben des anderen Theils für Grundstücke, welche in der Masse enthalten sind, die Setzung eines Anschlagspreises zu fordern, um sie nach seiner Wahl zu nehmen oder zu überlassen.[13][14] Ferner kann er die zum gewöhnlichen Hausgebrauch dienenden Mobilien, soweit sie ihm nicht als Voraus zufallen, für eine Privattaxe behalten und bei nicht dem Hausgebrauch bestimmten Mobilien Naturaltheilung verlangen, so daß die Miterben die Theile legen, und er wählt. Die hierbei den letzteren zufallenden Stücke sind ihnen sofort auszuantworten.[15]

Die Befugniß zu wählen ist ein höchstpersönliches Vorrecht. Hat der überlebende Ehegatte aber gewählt, so geht das hieraus entspringende Recht auf seine Erben über.[16]

---

10) L. R. II, 1 § 645, unten § 191 bei Anm. 16.

11) L. R. II, 1 § 646. Striethorst Archiv Bd. 95 S. 255.

12) L. R. II, 1 §§ 635. 636 und oben § 35 Ziff. 3.

12a) Oben § 37 bei Anm. 36 und 37.

13) L. R. II, 1 § 648. Das Wahlrecht steht dem überlebenden Ehegatten zu, mag er mit unabgefundenen Kindern zusammentreffen oder mit anderen Erben. Es ist nicht abhängig davon, daß der überlebende Ehegatte ein Miterbrecht an der Hälfte des verstorbenen hat. Striethorst Archiv Bd. 12 S. 75. Entsch. Bd. 58 S. 286.

14) Vereinigen sich die Erben des Vorverstorbenen nicht über einen Annahmepreis, so ist der überlebende Ehegatte nur zur Erlegung des durch gerichtliche Taxe festzustellenden Werthes verpflichtet, Entsch. des O. Trib. Bd. 20 S. 261. Nach früherem Rechte mußte, wenn ein Minderjähriger betheiligt war und sein Vormund für ihn einen Anschlagspreis feststellte, vorher eine gerichtliche Taxe aufgenommen werden, um dem Beschluß des Vormundes über den zu bestimmenden Werth zum Anhalt zu dienen. Entsch. des O. Trib. Bd. 11 S. 333. Nach der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §§ 42. 43 bedarf die Erbauseinandersetzung, sowie die Theilung gütergemeinschaftlichen Vermögens, sofern Bevormundete betheiligt sind, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Es hängt von dessen Ermessen ab, ob in den bezüglichen Fällen der Anschlagspreis auf Grundlage einer vorgängigen gerichtlichen Taxe zu setzen ist.

15) L. R. II, 1 § 649 ff. Das Anrecht auf „öffentlichen Verkauf" nach § 650 ist nichts Besonderes.

16) Striethorst Archiv Bd. 37 S. 132.

e) In einem Anhang zum Landrecht wurde gestattet, dem Vater, der in gütergemeinschaftlicher Ehe gelebt hatte, und sich nach dem Tode seiner Frau mit seinen minderjährigen Kindern auseinandersetzte, das Eigenthum der auf seinen Namen eingetragenen Grundstücke gegen Einwerfung ihres Erwerbspreises in die zu theilende Masse zu überlassen, sofern er sich verpflichtete und durch Eintragung auf das Grundstück sicherte, den bei einem späteren Verkauf etwa erzielten Mehrerlös mit den Kindern nachträglich zu theilen.[17] Dies war eine Singularität, weil zur Zeit der Abfassung dieses Anhangsparagraphen die Theilung von Grundstücken, bei welcher Minderjährige betheiligt waren, Subhastation erforderte und außerdem nur unter Umständen auf Grund einer Abschätzung erfolgen konnte.[18] Da die vom Gesetz geforderte Sicherstellung eine Kautionshypothek bildet, so bedarf es nach dem jetzigen Grundbuchrecht der Feststellung und Eintragung eines bestimmten Höchstbetrags. Man hat daher auch nicht ohne Grund behauptet, daß die Bestimmung des Anhangsparagraphen, welche die Ueberlassung an den Vater nur gegen unbeschränkte Zusicherung und Sicherung des Pluserlöses gestattete, in ihrem ursprünglichen Sinne nicht mehr auszuführen sei.

Es ist aber nunmehr in Gemäßheit der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 die Weise der Auseinandersetzung der Minderjährigen mit dem Vater in das pflichtmäßige Ermessen ihres Pflegers gestellt, vorbehaltlich der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Halten es also Pfleger und Gericht für entsprechend, ein Grundstück aus der Masse dem Vater für einen bestimmten mäßigen Preis zu überlassen, unter Vorbehalt der Theilung eines später erzielten Mehrerlöses und Einschreibung dieser Forderung unter einem

17) S. g. Surplusreservat, Anhang § 79 zu L. R. II, 1 § 648, vgl. Krantz über den Anhang § 79 bei Gruchot Bd. 3 S. 353. § 79 des Anhangs ist einer Ministerialverfügung vom 1. April 1799 an das Pupillenkollegium zu Berlin entnommen. Dieselbe erkannte die Zulässigkeit eines Gerichtsgebrauchs im Bezirke des Wenceslausschen Kirchenrechts an, wonach dem Vater bei Auflösung der ehelichen Gütergemeinschaft eingebrachte Grundstücke für den Erwerbspreis überlassen werden konnten, fügte aber hinzu, daß ein Vorbehalt wegen des etwaigen künftigen Mehrerlöses zu machen sei. Diese lokale Bestimmung wurde verallgemeinert, indem sie als Anhang § 79 mittels Patents vom 11. April 1803 zu L. R. II, 1 § 648 publicirt wurde, vgl. Löwenberg Materialien S. 48 und 114.

18) Streitig ist, ob die Theilungsmasse schlechthin aus dem Mehrbetrag des Kaufpreises besteht, oder ob der Annehmer während seiner Besitzzeit gemachte Verbesserungen abrechnen kann. Das O. Trib. Entsch. Bd. 81 S. 180 hat diese Abrechnung verneint. Das Gesetz erwähne hiervon nichts. Wenn es sein Wille gewesen wäre, dem Annehmer einen durch seine Mühewaltungen und Aufwendungen erzielten Kaufpreis ausschließlich zuzuwenden, so habe es nahe gelegen, dies ausdrücklich zu bestimmen und zugleich anzuordnen, in welcher Weise bei Feststellung der Theilungsmasse die Verbesserungen zu berücksichtigen und zu dem Kaufpreise in Beziehung zu setzen seien. Dafür fehle es aber an jeder Norm.

Höchstbetrag, so wäre hiergegen nichts zu erinnern. Es ist dies aber auch bei Grundstücken zulässig, die der Ehemann nicht in die Ehe brachte.[19]

Verträge solcher Art können dem Vater die Fortführung der Wirthschaft erleichtern oder ermöglichen, und um deswillen zweckmäßig sein.

§ 40. Beendigung der Gütergemeinschaft durch Ehescheidung.

Mit Rechtskraft des Scheidungsurtheils endigt die Gütergemeinschaft und das Verwaltungsrecht des bisherigen Ehemannes. Im Uebrigen sind die Fälle, in welchen ein Theil für den überwiegend schuldigen erklärt wurde, von solchen zu unterscheiden, in welchen dies nicht geschah.[1]

a) Wurde kein Theil für den überwiegend schuldigen erklärt, so kann eine Absonderung der Art beansprucht werden, daß jeder Theil sein nachweisbar in die Ehe gebrachtes oder während derselben durch Erbschaften, Vermächtnisse, Geschenke oder bloße Glücksfälle erlangtes Vermögen zurücknimmt.[2] Das Uebrige wird unter die Ehe-

---

19) Vgl. über die Frage die bei Zürn Eherecht S. 122 Angeführten.

1) Die Behandlung der Gütergemeinschaft, im Falle der eine Ehegatte für überwiegend schuldig erklärt wurde, ist gemeinrechtlich streitig, wie auch in verschiedenen Statuten verschieden geordnet. Die Gesetzkommission bestimmte unterm 7. September 1781 — Rabe Bd. 1 Abth. 7 S. 152, vgl. S. 160 — daß der unschuldigen Ehefrau die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens herauszugeben oder, wenn sie lieber ihr Eingebrachtes zurückfordern wollte, dies nebst dem vierten Theil des übrigen zur Zeit der Trennung der Ehe vorhandenen Vermögens auszukehren sei. Nach Roth bayer. Civilrecht Bd. 1 § 87 Anm. 23 stimmt hiermit das bamberger Landrecht im Wesentlichen überein.

2) L. R. II, 1 § 755. Es entsteht die Frage, ob das Eigenthum an den eingebrachten Vermögensstücken, soweit sie noch in natura vorhanden sind, von selbst zurückfällt oder erst in Folge des Auseinandersetzungsrecesses den Einbringenden wieder zugetheilt wird. Das Obertribunal hat sich — Striethorst Archiv Bd. 87 S. 55 ff. — für die erstere Ansicht erklärt, wobei ihm der Wortlaut des § 755 zur Seite steht. Der Auseinandersetzungsreceß vermittelt also nicht erst den Rückfall, er beurkundet ihn nur. Es ist daher offenbar, daß der Ehemann nach Scheidung der Ehe ein von der Ehefrau eingebrachtes Objekt nicht mehr zu einem angeblichen ideellen Theile mit Hypotheken belasten kann. Damit steht nicht im Widerspruch — vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 16 S. 233; R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 883 — daß Keiner der Ehegatten befugt ist, über die von ihm eingebrachten Objekte zu verfügen, ehe es zu einer auf die Gesammtmasse bezüglichen Auseinandersetzung unter den ehemaligen Ehegatten kam. Denn die Gütergemeinschaft kann Verpflichtungen begründet haben, die ein Zurückhaltungsrecht rechtfertigen. Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 758. Wenn A ein Grundstück im Werthe von 1000 einbrachte, welches noch vorhanden ist, und die B 1000 in baar, die verwirthschaftet sind, so fällt zwar nach der Ehetrennung das Grundstück des A an diesen zurück, aber unter der Auflage, daß er der B 500 zahlt. Diese hat ein Zurückhaltungsrecht am Grundstück des A, das, wenn die Gütergemeinschaft eingetragen war, dadurch gesichert ist, daß die Wiedereinschreibung des A als Alleineigenthümer abhängig ist von der Bewilligung der B, beziehungsweise einer Abwickelung der Auseinandersetzung. Johow Jahrbuch d. App. Ger. Bd. 4 S. 88 erklärt daher Auflassung an den A mit Recht für überflüssig, Jahrb. Bd. 5 S. 84 daselbst steht dem nicht entgegen.

leute gleich getheilt.[3] Ist das Eingebrachte nicht mehr in Natur vorhanden, so kann jeder Theil den seinem Eingebrachten entsprechenden Werth aus der Masse beanspruchen.[4] Wurde in der Ehe das eingebrachte Vermögen verwirthschaftet, so mindert sich der beiderseitige Anspruch im Verhältniß. Daher sind auch die ehelichen Schulden bei der Absonderung zu berücksichtigen.[5]

Die Rechte der ehelichen und vorehelichen Gläubiger auf die Masse werden durch die Absonderung nicht berührt.[6]

b) Ist einer der Ehegatten für den überwiegend schuldigen Theil erklärt, so kann der Andere entweder Absonderung des Eingebrachten verlangen, wobei ihm eine Abfindung wie bei getrennten Gütern gewährt wird,[7] oder die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens mit einem Voraus der zum persönlichen Gebrauch bestimmten Kleider, Leibwäsche, Betten[8] fordern. Die Wahl vollzieht sich durch eine dem andern Theil zugestellte Erklärung. Sie ist nach der Zustellung unabänderlich.[9]

Zu Lasten des unschuldigen Theiles dürfen von dem gemeinsamen Vermögen nur solche Schulden abgezogen werden, welche vor der Scheidungsklage entstanden sind.[10] Er hat ferner die Wahl, ob er die in der Gemeinschaft befindlichen Grundstücke für eine gerichtliche Taxe annehmen oder dem andern Theil lassen, oder ob er Privatversteigerung verlangen will.[11]

§ 41. Die partikuläre Gütergemeinschaft.[1]

Bei der partikulären Gütergemeinschaft ist nicht Gemeinschaft des gesammten Vermögens die Regel, so daß etwaiges Sondervermögen auf besonderen Vorbehalten beruht, vielmehr werden hier von Rechtswegen nur gewisse

---

3) L. R. II, 1 § 755. Nach § 756 daselbst gehört hierzu Alles, wovon nicht nachgewiesen ward, daß es von Einem der Ehegatten in die Ehe gebracht ist.

4) Bornemann Bd. 5 S. 220, Koch zu § 755 des Titels übereinstimmend mit einer älteren Entscheidung des O. Trib. Ebenso R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 884.

5) Dies ist entgegen einer früheren Entscheidung vom O. Trib. Bd. 50 S. 300 angenommen worden.

6) L. R. II, 1 § 757. Die Frau haftet daher für solche Schulden mit dem, was sie aus der Masse zurückerhält, wenn es auch nur die von ihr selbst eingebrachten Sachen sind.

7) L. R. II, 1 § 811 bis 813, siehe oben § 20.

8) L. R II, 1 §§ 811, 814, 815; das Allegat dort muß heißen § 640 statt 639.

9) Die Wahl der Absonderung wirkt rückwärtshin der Art, daß vom Scheidungsurtheil ab die Vermögen als getrennt gelten. Striethorst Archiv Bd. 7 S. 125.

10) L. R. II, 1 § 820 spricht von Schulden „vor angemeldeter Scheidungsklage“. Nach Eccius Bd. 4 § 215 Anm. 21 steht jetzt „Ladung zum Sühnetermin“ an Stelle der Anmeldung.

11) L. R. II, 1 § 817 ff. Das Obertribunal erkennt — entsprechend dem Zusammenhang der § 814 ff. — dieses Wahlrecht nur an, wenn der unschuldige Ehegatte die Hälfte des Vermögens, nicht wenn er Absonderung gewählt hat. Entsch. Bd. 40 S. 176. Striethorst Archiv Bd. 45 S. 228.

1) L. R. II, 1 §§ 396 ff., 662 ff., vgl. Roth bayer. Civilrecht Bd. 1 § 82 ff.

Vermögenstheile gemeinsam, während die anderen im Sondereigenthum der Ehegatten bleiben.

Eine besonders häufig in Deutschland vorkommende Form ist die **Errungenschaftsgemeinschaft.** Für diese hat das preußische Landrecht gewisse Rechtssätze aufgestellt, welche subsidiär zur Geltung kommen sollen. Im Geltungsbereich des preußischen Landrechts hat ein Statutarrecht mit partikulärer Gütergemeinschaft derzeit noch[2] das zu Bayern gehörende Fürstenthum Ansbach.[3] Die landrechtlichen Bestimmungen haben hiervon abgesehen nur noch Bezug auf durch Verträge festgestellte Errungenschaftsgemeinschaften.[4]

1. Gegenstand der Gemeinschaft sind die ersparten Nutzungen der Vermögen beider Ehegatten,[5] ferner Alles, was einer der Ehegatten allein oder beide gemeinsam während der Ehe erarbeiteten. Zur Errungenschaft wird nicht gerechnet, was einer der Ehegatten durch Erbschaften, Vermächtnisse und reine Schenkungen[6] erwarb, wohl aber, was ihm durch andere Glücksfälle zufiel.[7]

Die Errungenschaft bildet eine von Sondergut getrennte gemeinsame Masse.[8]

2. Bei der Ausscheidung spricht die Vermuthung für die Errungenschaft.[9]

---

2) Errungenschaftsgemeinschaft galt bis zum Inkrafttreten des Gesetzes vom 16. April 1860 als Territorialrecht in Theilen von Westphalen, insbesondere im Fürstenthum Siegen und den Grafschaften Wittgenstein. Sie gilt noch in dem gemeinem Recht unterstehenden Bezirk des ehemaligen Justizsenats Ehrenbreitstein nach lokalen Statuten. Nach Code civil besteht Mobiliargemeinschaft und Errungenschaftsgemeinschaft, so daß sich die Gemeinschaft nur auf die in die Ehe eingebrachten und während der Ehe durch lukrativen Titel erworbenen Immobilien nicht erstreckt.

3) Vgl. Neubauer im Justizministerialblatt 1879 S. 32 ff. In dem Fürstenthum Ansbach gilt nach der Amtsordnung von 1608 Errungenschaftsgemeinschaft und subsidiär das A. L. R., Roth deutsches P. R. § 114.

4) Vgl. L. R. II, 1 § 359.

5) L. R. II, 1 § 405. Der Ehemann hat in der Regel bezüglich des Sondergutes der Frau ehemännlichen Nießbrauch und Verwaltung; oben § 30.

6) L. R. II, 1 §§ 402—404. Es gehört also zum Erwerb der Finderlohn und der Fund, ferner der Schatz, und zwar nicht bloß die Finderhälfte, sondern auch die dem Eigenthümer des Schatzgrundstücks anfallende Hälfte, doch ist hierüber Streit, vgl. Gründler Polemik Bd. 3 § 570, Roth bayer. C. R. Bd. 1 § 83 Anm. 6. Auch die durch Okkupation erworbene Insel wird gemeinsam. Insbesondere ist nicht mit Fug zu bezweifeln, daß auch der von einem Ehegatten gemachte Lotterie- und sonstige Spielgewinn in die Gemeinschaft fällt. Anderer Ansicht Schmidt Familienrecht S. 384 ff.

7) Was unter dem Ausdruck von L. R. II, 1 § 403 „Geschenke, die auf bloßer Freigebigkeit beruhen" zu verstehen ist, kann zweifelhaft sein. Nicht zu denselben gehören remuneratorische Schenkungen, sowie solche, die sonst bei Gelegenheit von Leistungen, z. B. an Dienstboten gemacht werden, wohl auch nicht Hochzeitsgeschenke.

8) L. R. II, 1 § 396. Es ist dies die ältere Gestaltung. Vielfach hat sich — Roth bayer. C. R. Bd. § 83 Anm. 43 — das Verhältniß dahin ausgebildet, daß die Errungenschaft erst bei Auflösung der Gemeinschaft durch Abziehung des Sondergutes beider Eheleute konstituirt wird, während in der Zeit der Ehe die einzelnen Erwerbstücke in dem Eigenthum des Ehegatten stehen, der erworben hat.

9) L. R. II, 1 § 400.

Es soll aber bei dem Eintritt in die Gemeinschaft ein Verzeichniß des Eingebrachten der beiden Ehegatten unter Anschlag eines Werthes aufgenommen und gerichtlich beglaubigt oder wenigstens von beiden Ehegatten mit Zuziehung eines rechtskundigen Beistandes der Frau unterschrieben werden.[10] Jeder der Ehegatten kann dies verlangen, die etwaige Vormundschaft eines der Ehegatten ist verpflichtet, hierauf zu halten.

3. Wurde während der Ehe für ein Objekt des Sondervermögens ein anderes erworben, so tritt das Erworbene nach richtiger Ansicht als Surrogat an dessen Stelle. Andere nehmen jedoch nur einen Ersatzanspruch an.[11] Sind aus dem Sondergut Verwendungen für die Gemeinschaft gemacht, so werden sie zu ersetzen sein. Zufällige Veränderungen, Anwüchse wie Minderungen, welche ein Objekt erleidet, treffen diejenige Masse, zu welcher es gehört.

4. Die Gemeinschaft des Erwerbs wird in entsprechender Weise behandelt, wie das gemeinschaftliche Vermögen bei der allgemeinen Gütergemeinschaft.[12]

Wegen gültiger Personalschulden eines jeden der Ehegatten kann das Errungenschaftsvermögen in Anspruch genommen werden;[13] es kann aber der andere Ehegatte einen entsprechenden Ersatz aus dem Sondervermögen des ersteren fordern.

Hat ein Ehegatte mehr Schulden als Vermögen in die Ehe gebracht, so ist der andere Theil befugt, binnen zwei Jahren nach eingegangener Gemeinschaft auf Absonderung des zukünftigen Erwerbs anzutragen.[14]

5. Bei Endigung der Ehe durch den Tod erfolgt die Beerbung in das Sondervermögen wie bei Ehen mit getrennten Gütern, die in das Errungenschaftsvermögen wie bei der allgemeinen Gütergemeinschaft.[15]

Wurde die Ehe durch Scheidung getrennt, so wird die Errungenschaft getheilt. Die dem schuldigen Ehegatten zufallende Hälfte wird dem Vermögen beigerechnet, woraus dem Unschuldigen die gesetzliche Abfindung gebührt.[16]

---

10) L. R. II, 1 § 397 ff.

11) Vgl. Roth bayer. C. R. a. a. O. § 83 Anm. 48 ff., R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 491.

12) L. R. II, 1 § 411.

13) L. R. II, 1 § 406 ff.

14) L. R. II, 1 § 410. Vgl. oben § 38 zu a.

15) L. R. II, 1 § 662 ff.

16) L. R. II, 1 §§ 821. 822.

Zweiter Abschnitt.

Die eheliche Verwandtschaft und die väterliche Gewalt.

Erstes Kapitel.

Die eheliche Verwandtschaft. Rechtsfolgen.

§ 42. Eheliche Abstammung.[1]

I. Nur eheliche Geburt macht im Rechtssinne verwandt mit dem Erzeuger und dessen Verwandten, und giebt dem Vater die väterliche Gewalt über sein Kind. Nach preußischem Recht gewährt sie allein die Verwandtschaftsrechte gegen alle Verwandten von der Mutterseite.

Ehelich ist, wer in der Ehe durch den Ehemann erzeugt wurde. Es ist ferner ehelich, wer vor dem Abschluß der Ehe durch den künftigen Gatten erzeugt, aber erst nach deren Abschluß geboren ist.[2]

II. Die Erzeugung des in der Ehe oder kurz nach Auflösung der Ehe geborenen Kindes durch den Ehemann kann nicht bei jedem Einzelfall Gegenstand einer besonderen Untersuchung werden. Im Leben besteht hierüber gewöhnlich kein Zweifel und für das Recht erledigt sich die Frage in der Regel gleichfalls durch die allgemeine Rechtsvermuthung der Ehelichkeit. Nicht wenige Schriftsteller suchen den Grund dieser Vermuthung darin, daß der Beweis der Zeugung durch den Ehemann unmöglich sei.[3] Dies ist ein falscher Standpunkt. Der Beweis der Zeugung durch den Ehemann ist nicht, wie Manche behaupten, unmöglich, denn er läßt sich, wie für andere Thatsachen,

---

1) L. R. II, 2 § 1 ff. Fuchs die Rechtsvermuthung der ehelichen Vaterschaft 1880. Stintzing über die Präsumtion ehelicher Vaterschaft in Jherings Jahrbuch Bd. 9 S. 416.

2) Die Gesetze des Wohnsitzes des Vaters zur Zeit der Geburt sind für die Frage der Ehelichkeit des Kindes maßgebend, vgl. L. R. Einl. § 23.

3) So erklärt u. A. Windscheid Bd. 1 § 56^{b} den Beweis der Zeugung durch den Ehemann geradezu für unmöglich. Diese angebliche Unmöglichkeit ist nicht bloß ein theoretischer Denkfehler, sondern ein praktisch gefährlicher Irrthum, welcher zu einer scholastischen Handhabung der Rechtssätze führt.

durch Schlußfolgerungen erbringen, aber er ist unnöthig, denn die Erfahrung zeigt, daß die Verletzung der ehelichen Treue seltene Ausnahme ist. Die Ehe an sich ist der gesunden und natürlichen Betrachtung, welche in dem Rechtssatz zum Ausdruck kommt, genugsamer Beweis der ehelichen Zeugung.

Die Vermuthung fordert, daß die Zeit der Geburt auf die Erzeugung durch den Ehemann hinweist. Die genauere Bestimmung hat um deswillen Schwierigkeit, weil die Entwickelungszeit der menschlichen Leibesfrucht eine ungleiche ist. Als normale Zeit, in welcher ein Kind zur vollen Reife kommt, gelten 280 Tage; die Entwickelungszeit schwankt aber vom 7. bis zum 10. Monat. In besonderen Fällen ist sie eine noch längere.[4] Gleichwohl stellt das Recht im Interesse seiner Praktikabilität ein für allemal eine kürzeste und eine längste Zeit fest, in welcher die Rechtsvermuthung der Erzeugung durch den Ehemann stattfindet. Dem römischen und gemeinen Recht gelten als die kürzeste Zeit 6 Monate oder vielmehr 182 Tage,[5] als längste 300 Tage vor der Geburt.[6] Im preußischen Rechte ist die Zeit auf den 210. bis 302. Tag vor der Geburt gesetzt.[7] Während also die kritische Zeit nach gemeinem Recht 118 Tage beträgt, ist sie nach preußischem Recht nur 92 Tage. Auch die Weise der Berechnung ist eine verschiedene; denn nach gemeinem Recht wird der Geburtstag mitgezählt, nach preußischem ausgeschlossen.[8]

Das preußische Recht hat aber auch darin Eigenthümlichkeit, daß es eine zwiefache Rechtsvermuthung kennt.

1. Die eine, dem römischen und gemeinen Recht entnommen, geht auf die Erzeugung durch den Ehemann in der Ehe. Sie tritt ein, wenn

---

4) Vgl. die Zusammenstellungen der ärztlichen Beobachtungen bei Fuchs Rechtsvermuthung S. 14 Anm. 22.

5) Die l. 12 D. de statu hominum äußert: septimo mense nasci perfectum partum. Dies würde auf den 180. Tag führen; die l. 3 § 12 D. de suis et legitimis 38, 16 betrachtet aber erst den am 182. Tag Geborenen als legitim. Der Widerspruch ist unverkennbar, wird aber gemeinrechtlich dadurch beseitigt, daß man die l. 3 § 12 als Deklaration der l. 12 ansieht, vgl. über die Frage Fuchs a. a. O. S. 26. Im älteren gemeinen Recht war übrigens bestritten, ob die Rechtsvermuthung auch einem Siebenmonatskind zu Gute komme, vgl. u. A. Cocceji jus controversum I, 6 qu. 3. Hierauf gründete sich die Aeußerung von Suarez in der Schlußrevision S. 132, daß mehr als ein halbes Wunder dazu gehöre, wenn aus einem Beischlaf früher als mit dem Ablauf des siebenten Monats und später als nach dem Ablauf des zehnten Monats ein vollständiges und lebendiges Kind zur Welt kommen solle.

6) l. 3 § 11 D. de suis et leg. 38, 16, vgl. übrigens Stintzing in Iherings Jahrb. Bd. 9 S. 416 ff.

7) Vgl. L. R. II, 2 § 2, Striethorst Archiv Bd. 69 S. 117 ff. Man rechnet die Vorschrift zu den in der Mark suspendirten, Scholtz Provinzialrecht Bd. 2 S. 42, Entsch. des O. Trib. Bd. 10 S. 221, R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 1024, trotzdem es sich um eine bei Publikation des A. L. R. streitige Frage des gemeinen Rechts handelt.

8) Striethorst Archiv Bd. 58 S. 816.

ein Kind nach dem 210. Tage vom Abschluß der Ehe an oder vor dem 302. Tage nach Auflösung der Ehe[9][10] geboren ist.[11]

2. Die andre ist dem gemeinen Recht fremd.[12]

Sie geht dahin, daß ein binnen des 210. Tages vom Abschluß der Ehe an durch die Ehefrau geborenes Kind als vom künftigen Ehemann erzeugt gilt, also gleichfalls ehelich ist.[13] Diese Vermuthung ist nicht von der Sicherheit wie die ersterwähnte, aber doch von überwiegender Wahrscheinlichkeit in einer gesitteten Bevölkerung, jedenfalls von entschiedenem praktischen Nutzen. Oder sollte, wenn eine Ehefrau vor dem 210. Tag der Ehe ein Kind gebiert, erst ein besondres Verfahren eingeleitet werden, um zu entscheiden, ob dasselbe in den Standesregistern als ehelich einzutragen ist?

---

9) Im Fall der Scheidung der Ehegatten ist als Zeitpunkt der Endigung der Ehe der Augenblick der Rechtskraft des Scheidungsurtheils anzusehen, Entsch. des O. Trib. Bd. 22 S. 367, vgl. oben Bd. 1 § 134; ferner oben § 20 Anm. 1.

10) Nach römischem Recht sollte die Frau nach der Scheidung dem Manne, wie nach dem Tode des Mannes dessen Erben ihre Schwangerschaft anzeigen und dann Bewachung dulden; der Mann, welcher die Schwangerschaft seiner geschiedenen Frau behauptete, konnte deren Bewachung fordern. Näheres ergiebt Tit. Dig. de inspiciendo ventre custodiendoque partu 25, 4. Aehnlich bestimmt L. R. II, 2 § 26 ff., daß die Wittwe auf Anfragen über ihre Schwangerschaft Auskunft geben und Bewachung dulden soll, welche durch gerichtliche einstweilige Verfügung anzuordnen ist. Vgl. Eccius Bd. 4 § 219 Anm. 19. Bei Verheimlichung der Schwangerschaft soll sie, gemäß § 39 mit der Privatstrafe von 1/4 des vom Manne Ererbten belegt werden. Diese Bestimmungen haben nur in den seltensten Fällen praktische Bedeutung.

11) Bei unehelichen Kindern ist die Konceptionszeit auf höchstens 285 Tage vor der Geburt gesetzt, vgl. unten § 68 bei Anm. 12.

12) Nach älterem deutschen Recht war das vor der Ehe empfangene, wenn gleich in der Ehe geborene Kind unehelich und rechtlos. Kraut Vormundschaftsrecht Bd. 2 S. 589. Nach der römisch-justinianischen Gesetzgebung ist es ein eheliches, wenn es vom Ehemanne als von ihm erzeugt anerkannt wird, l. 11 C. de nat. liberis 5, 27; nov. 89 cap. 8 § 1. Das Obertribunal erachtet dies noch jetzt für Recht in der Mark, da der § 2 des L. R. das klare Gegentheil des römisch gemeinen Rechts enthalte. Entsch. Bd. 59 S. 225 und oben § 1 Anm. 20.

13) L. R. II, 2 § 1: „Die Gesetze gründen die Vermuthung, daß Kinder, die während einer Ehe erzeugt oder geboren worden, vom Manne erzeugt sind." Die Materialien theilt mit Wünsch in Simon's Zeitschrift Bd. 1 S. 397: über die rechtliche Vermuthung für die eheliche Vaterschaft. Nach denselben ging Suarez von der Auffassung aus, der Satz pater est, quem justae nuptiae demonstrant, passe so gut auf Kinder, die 24 Stunden als die 6 Monate nach der Hochzeit geboren werden, der favor legitimitatis gestatte es nicht, daß der status der unter 6 Monaten geborenen Kinder dem schweren Beweise unterliege, daß der Ehemann vor der Hochzeit concubitum anticipirt habe. Hierauf ist der Plenarbeschluß des O. Trib. vom 5. September 1842, Entsch. Bd. 8 S. 73, sowie R. G. Bd. 18 S. 289 gebaut. Allerdings paßt aber L. R. II, 2 § 2 nicht vollständig, da hiernach der Gegenbeweis gegen die gesetzliche Vermuthung dahin zu führen ist, daß der Mann der Frau in dem Zwischenraume vom dreihundertzweiten bis zweihundertzehnten Tage vor der Geburt nicht ehelich beigewohnt habe. Deshalb nehmen viele Schriftsteller an, daß man bei der schließlichen Redaktion zum gemeinen Recht habe zurückkehren wollen. So Bornemann Bd. 5 S. 265, Förster Bd. 3 § 219. Dagegen aber Eccius Bd. 4 § 219 S. 129. — Vgl. auch Kohler bei Gruchot Bd. 31 S. 306.

Ungewißheit kann eintreten, wenn sich eine Wittwe vor Ablauf des Trauerjahres verheirathet und zwar vor oder nach dem 210. Tag seit Abschluß der zweiten Ehe, aber noch vor dem 302. nach Auflösung der ersten ein Kind zur Welt bringt.[14] Das preußische Recht sucht sie für den Fall, daß die zweite Ehe ohne Dispensation geschlossen ist, durch die Vermuthung zu schlichten, daß das vor dem 270. Tage nach Auflösung der ersten Ehe geborene Kind dieser, das nach jenem Tage geborene der neuen Ehe zuzutheilen ist.[15]

Alle diese Vermuthungen sind durch Gegenbeweis entkräftbar. Hierüber wird im Folgenden bei der Illegitimitätsklage gehandelt werden.[16]

Die Vermuthungen begründen die Familienstellung des Kindes Jedermann gegenüber. Sie sind für die Eintragung des Kindes im Standesregister maßgebend. Sie bestimmen die Stellung des Kindes auch dann, wenn die Mutter dasselbe etwa, weil sie von ihrem Ehemann separirt und ihrerseits von dessen Unehelichkeit überzeugt ist, als unehelich eintragen ließ. Die Vermuthung wirkt wie für das Kind, so auch gegen das Kind. Der vermuthliche Vater erhält gegen dasselbe die elterlichen Rechte und die Gewalt, also auch Nießbrauch und Verwaltung seines etwaigen Vermögens nach allgemeinen Grundsätzen. Eine Beseitigung tritt nur ein durch ein auf Grund einer Anfechtungsklage gegenüber dem Kind erlassenes rechtskräftiges Erkenntniß. Ein Vergleich, selbst ein gerichtlicher, zwischen dem Kind oder seinem Vertreter und dem vermuthlichen Vater, wodurch die Unehelichkeit des Kindes festgestellt würde, wäre kraftlos, weil es sich um Dinge handelt, die der Verfügung der Betheiligten nicht unterliegen.[17] Das Kind gilt auch während der Illegitimitätsklage bis zu deren rechtskräftiger Entscheidung als eheliches. Es ist daher während Anhängigkeit der Klage vom vermuthlichen Vater zu alimentiren.[18]

14) Es war dies alte Schulfrage, vgl. Cocceji jus contr. I, 6 qu. 5 Alii ei marito adjudicant, cui similior est, alii priori, quia prior est tempore, alii posteriori, quia et diutius cohabitavit et stante ejus matrimonio natus est, alii ad utrumque pertinere ajunt, alii neutrius esse.

15) L. R. II, 2 § 22. Die Vermuthung ist nur für den Fall der zu frühen Heirath „wider die Gesetze" aufgestellt, ist also für den Fall einer Heirath unter Dispensation — Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 35, oben § 16 bei Anm. 5 — nicht bestimmt. Träte der Konflikt in solchem Falle ein, so müßte sich eben der Richter ohne gesetzliche Vermuthung helfen und das Kind derjenigen Ehe zusprechen, der es nach der gegebenen Sachlage anscheinend zugehört. Anders Leonhard bei Gruchot Bd. 4 S. 261 ff. Eccius Bd. 4 § 219 Anm. 16. Es bestimmt weiter L. R. II, 2 § 24 ff., es müsse der zweite Ehemann, welcher durch die zu frühe Verheirathung mit der Mutter den Stand des Kindes zweifelhaft machte, diesem, auch wenn das Kind der früheren Ehe zugetheilt wird, alle Pflichten des Vaters leisten, ohne die Rechte eines solchen zu haben; ein Erbrecht habe das Kind auf seinen Nachlaß nicht. Manche erachten diese Verpflichtung als eine bloß subsidiarische für den Fall, daß der Nachlaß des ersten Ehemanns zur Erhaltung und Erziehung des Kindes nicht ausreicht. Hierfür besteht kein Grund.

16) Siehe das Nähere unten § 43.

17) Vgl. Bd. 1 § 83.

18) L. R. II, 2 § 10.

Wird ein Kind nach Beendigung der Ehe von der früheren Ehefrau später als 302 Tage geboren, so hat es die Vermuthung der Ehelichkeit nicht für sich. Aber der Nachweis, daß es gleichwohl in der Ehe erzeugt sei, ist ihm, richtiger Ansicht nach, nicht verschlossen. Das Gesetz schneidet ihn nicht ab und nichts steht im Wege, daß er mit Rücksicht auf die besondern Umstände und nach dem Gutachten der Aerzte zu voller Ueberzeugung des Richters erbracht wird.[19]

§ 43. Illegitimitätsklagen.[1]

Die Klage, wodurch die Legitimität eines als ehelich geltenden Kindes angefochten wird, kann verschiedene Grundlagen haben.

1. Sie kann auf der Behauptung beruhen, daß die angebliche Ehe des Erzeugers mit der Mutter des Kindes nicht abgeschlossen ist, oder sich darauf gründen, daß das Kind untergeschoben ist oder daß es erst nach der kritischen Zeit von der frühern Ehefrau geboren ist. Zu einer solchen Klage ist Jeder berechtigt, welcher an der Illegitimität des Kindes ein Interesse hat. Die Klage kann sich ferner darauf stützen, daß die scheinbare Ehe der Eltern ungültig oder nichtig ist. In diesem Falle richtet sie sich in erster Linie gegen die Geltung der Ehe. Wer zu einem solchen Angriff legitimirt ist, bestimmt sich nach dem Eherecht.[2]

2. Eine besondre Gestalt hat die Illegitimitätsklage, wenn sie sich gegen die Vermuthung der Erzeugung durch den Ehemann richtet, welche aus der Geburt in der Ehe oder innerhalb der kritischen Zeit nach Auflösung derselben folgt. In dieser Hinsicht ist Folgendes hervorzuheben.

a) Nach gemeinem Recht,[3] wie es unter Anderm auch in der Mark Brandenburg gilt, steht Jedem, welcher ein rechtliches Interesse dabei hat,

---

19) Die von Fuchs S. 14 Anm. 22 angezogenen medicinischen Autoritäten führen Fälle an, in denen die Schwangerschaft 306, 309, 313, ja 325 Tage dauerte. Derartiges hat auch ältere gemeinrechtliche Praktiker veranlaßt, die Legitimität von Spätgeburten anzuerkennen, wenn dieselbe den Umständen nach dargethan werden kann, Glück Pand. Bd. 28 S. 141, vgl. schon die Entscheidung des Kaisers Hadrian bei Gellius noctes atticae III, cap. 16. Wer freilich den Beweis der Zeugung durch eine bestimmte Person für „unmöglich" hält, kann unsere Ansicht nicht theilen. Doch ist dies unhaltbar. In England besteht, wie Fuchs a. a. O. mittheilt, eine festbestimmte Zeitgrenze für die Vermuthung der Ehelichkeit überhaupt nicht; die Jury befindet über die angezweifelte Legitimität nach Lage des Falls.

1) In Prozessen über die Legitimität eines Kindes kommt es, wie bei Ehesachen nicht auf formale, sondern auf materielle Wahrheit an. Allerdings hat die Civilprozeßordnung in dieser Hinsicht nicht, wie bei den Ehesachen besondre Vorkehrungen getroffen und die Annahme, daß ihre bezüglichen Rechtssätze entsprechend anzuwenden seien, würde gewagt erscheinen. Jedenfalls hat aber der Richter die Mittel, die ihm derzeit der ordentliche Civilprozeß gewährt, hier möglichst zu verwerthen, um die materielle Wahrheit zu finden.

2) Vgl. oben §§ 8, 12 Anm. 27.

3) Ueber gemeines Recht vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 28 bei Anm. 11, R. G. Bd. 18 S. 184.

die Anfechtung der Vermuthung der ehelichen Vaterschaft offen. Nach preußischem Recht ist in der Regel nur der Ehemann zu solcher Anfechtung legitimirt, also namentlich nicht das Kind oder die Mutter des Kindes.[4] [5]

Der Ehemann muß den Willen der Anfechtung binnen eines Jahres nach erhaltener Nachricht von der Geburt des Kindes[6] gerichtlich erklären.[7] Diese Frist läuft selbst dann, wenn das Kind in die Standesregister als uneheliches eingetragen wäre.[8] Sie ist Ausschlußfrist, keine Klageverjährung.

---

4) L. R. II, 2 § 7 ff. Insbesondre hat das Obertribunal Entsch. Bd. 2 S. 292 anerkannt, daß es dem Kinde selbst nicht zustehe, die Vaterschaftsvermuthung anzufechten, da dieselbe Kraft Jedermann gegenüber habe und nur von den ausdrücklich hierzu als berechtigt Erklärten innerhalb der für sie vom Gesetz gesetzten Fristen umgestoßen werden könne. Es würde sonst auch die Inkonsequenz eintreten, daß andere Personen ein zeitlich unbeschränktes Anfechtungrecht hätten, während gerade der vom Gesetz besonders hervorgehobene Vater, dessen Interesse als das nächste und dringendste erscheint, nur ein zeitlich beschränktes Anfechtungsrecht hätte. Jedoch haben sich die meisten Schriftsteller in entgegengesetztem Sinne ausgesprochen, weil das Gesetz das Klagerecht nicht ausdrücklich als ausschließliches Recht des Vaters erklärt habe, und weil man sich von der gemeinrechtlichen Ansicht nicht freimachen will, welche die Vermuthung durch Jeden widerlegen läßt. Vgl. u. A. Koch zu § 1. Förster Bd. 3 § 219 behauptet sogar, daß es zur Begründung der negativen Filiationsklage Seitens des Kindes nicht einer Widerlegung der nur zu Gunsten des Kindes aufgestellten Vermuthung bedürfe. Hiernach wäre der Vater, welcher gegenüber dem in der Ehe geborenen Kinde die väterliche Gewalt behauptet, ohne den Schutz der Vermuthung auf den Beweis, daß er dasselbe wirklich erzeugt habe, verwiesen, eine Theorie, deren Konsequenzen nicht weiter auszuführen sind. Gegen Förster Eccius Bd. 4 § 219 Anm. 41, R. G. Bd. 26 S. 305. — Allerdings ist nicht zu bezweifeln, daß unter Umständen aus der Beschränkung des Anfechtungsrechts Härten entstehen können, namentlich in Ländern, in welchen die Ehescheidung sehr erschwert ist und in Folge dessen wilde Ehen der separirten Frau nicht selten vorkommen, vgl. Fuchs a. a. O. S. 80. Für die deutschen Verhältnisse fällt dies aber nicht entscheidend in das Gewicht.

5) Ob und inwieweit dem Vormund des Ehemannes das Anfechtungsrecht zusteht, ist zweifelhaft. Es läßt sich nicht annehmen, daß dasselbe schlechthin ein höchstpersönliches Recht sei, da es auch auf die Verwandten des Ehemannes übergeht; anders Gruchot Bd. 11 S. 760ff. Daher gesteht man dem Vormund des Geisteskranken überwiegend das Recht der Anfechtung zu — so Entsch. des O. Trib. Bd. 57 S. 179. R. G. Bd. 13 S. 276, aber nicht dem Vormund des Abwesenden, weil solche Vormünder nach V. O. § 82 nur zur Vertretung bei Vermögensangelegenheiten befugt seien. Immerhin wird die Anfechtung durch einen hierzu bestellten „Pfleger“ des Abwesenden zugelassen R. G. Bd. 30 S. 227. Eine Anfechtung des Vormundes eines Minderjährigen oder Verschwenders gegen den Willen ihrer Mündel wird nicht leicht vorkommen, es würde ihr nicht stattzugeben sein. Es handelt sich um ein Verhältniß, bei welchem Erwägungen der Zweckmäßigkeit in das Gewicht fallen. Formale Konsequenz kann hier nicht allein entscheiden. Vgl. Fuchs S. 79 Anm. 128.

6) L. R. II, 2 § 7. Daß der vermuthliche Vater Kenntniß von der Geburt hatte, muß beweisen, wer sich auf die Ausschlußfrist beruft.

7) Es genügt Anzeige zu Vormundschafts- oder Pflegschaftsakten des Kindes, Zustellung einer Verwahrung an den Vormund oder Pfleger des Kindes durch einen Gerichtsvollzieher. R. G. Bd. 13 S. 276, Bd. 18 S. 289. Vgl. Eccius Bd. 4 § 219 Anm. 31.

8) Die entgegengesetzte Ansicht hat Fuchs a. a. O. S. 95 Anm. 160 mit Rücksicht auf folgenden Fall. Eine separirte Ehefrau, die schwanger wurde, bat ihren Gatten im Interesse der Familienehre kein unnöthiges Aufsehen zu erregen, sie werde das Kind als unehelich in das Taufbuch eintragen lassen und heimlich in Pflege geben. Sie that

Es ist nicht erfordert, daß sich die Klage unmittelbar der gerichtlichen Erklärung anschließt.[9] Hat sich der Ehemann für die Anfechtung innerhalb der Frist gerichtlich erklärt, so sind im Fall seines Todes auch seine Verwandten zur Erhebung oder Fortsetzung der Illegitimitätsklage befugt. Das Entsprechende gilt für den Fall, daß der Ehemann, ohne sich zu erklären, vor Ablauf der Frist verstarb, falls sie die Frist wahren.[10][11]

Die Anfechtung ist ausgeschlossen, wenn der Ehemann das Kind, ausdrücklich oder auch stillschweigend, als das seinige anerkannt hat. Ein solches Anerkenntniß liegt in der Anzeige der Geburt eines ehelichen Kindes durch den Ehemann beim Standesamt. Das Anerkenntniß bindet auch dann, wenn es nicht einem Vertreter des Kindes gegenüber abgegeben ist.[12]

Selbständige Befugniß zur Entkräftung der Vermuthung der Ehelichkeit haben Lehns- und Fideikommißanwärter. Diese Anfechtung ist noch binnen 3 Jahren nach dem Tode des Ehemannes zuläßig. Sie wird durch das Anerkenntniß des Ehemannes nicht beseitigt.[13]

b) Die Vermuthung der Vaterschaft wird entkräftet durch Gegenbeweis, daß ein Beischlaf des vermuthlichen Vaters mit seiner Ehefrau in der kritischen Zeit — also vom 302. bis zum 210. Tag vor der Geburt — nicht stattfand.[14]

---

also und zeigte dies dem Gatten an, der sich dabei beruhigte und nichts Weiteres veranlaßte. Hinterher machte das Kind seine Rechte als eheliches geltend. Der Fall mag gegen die lex lata sprechen, diese schließt aber nach Ablauf der Frist die Anfechtung aus.

9) Beklagbar mit der Illegitimitätsklage ist das angebliche Kind, und, wenn es verstarb, sein Rechtsnachfolger. Ist es, was die Regel bildet, minderjährig, so ist ihm nach V. O. § 8 Abs. 2 ein Pfleger zu bestellen. Zuständig für die Bestellung ist das persönliche Gericht des Ehemannes, da das Kind bis zur rechtskräftigen Aberkennung seiner Legitimität — nach § 11 des Titels — als eheliches gilt. Wenn der in das Gesetzbuch eingeschobene § 8 fordert, daß der Ehemann dafür zu sorgen habe, daß seine Erklärung der Anfechtung dem ordentlichen Gericht des Ortes, wo die Mutter mit dem Kinde wohnt, bekannt gemacht werde, so ist die Tragweite dieser Bestimmung nicht klar.

10) L. R. II, 2 §§ 14, 15, 20. Die Verwandten müssen ein rechtliches Interesse bei der Anfechtung haben, daß sie die nächsten Intestaterben sind, wird nicht erfordert.

11) Die richterliche Entscheidung über die Legitimität gegenüber dem Vater macht Rechtskraft für und gegen Jedermann, weil der Vater der legitimus contradictor im Statusprozesse ist, vgl. oben Bd. 1 § 138, siehe auch l. 1 § 16, l. 2, l. 3 D. de agn. vel al. liberis 25, 3, l. 1 § 4 D. de lib. exhibendis 43, 30; das gegenüber Verwandten gefällte Urtheil hat, da sie die andern Verwandten nicht vertreten, nur Rechtskraft unter den Prozeßparteien. Wenn daher die Legitimität gegen Streitgenossen durch einen diesen angetragenen Eid festgestellt werden soll und der Eid von Einigen geleistet, von Andern verweigert worden ist, so gilt dasselbe Individuum für die einen als ein eheliches, für die Andern als ein uneheliches Kind, Striethorst Archiv Bd. 19 S. 81. Die quaestio status ist in solchem Fall nicht untheilbar, R. C. P. O. § 434 daher nicht anwendbar. Anders jedoch Eccius Bd. 4 § 219 Anm. 36.

12) Striethorst Archiv Bd. 51 S. 217, vgl. oben Bd. 1 § 85.

13) L. R. II, 2 §§ 17 und 18.

14) L. R. II, 2 §§ 3 und 4. Der Geburtstag ist nicht einzurechnen. Striethorst Archiv Bd. 58 S. 316. Die Behauptung, daß der Beischlaf des Mannes nicht hätte befruchtend sein können, ist nicht zum Beweis zu verstellen. Striethorst Archiv Bd. 38 S. 47.

Die Thatsache allein, daß die Ehefrau in der Zeugungszeit mit Andern geschlechtlichen Umgang hatte, genügt zur Entkräftung der Vermuthung nicht.[15]

Der Gegenbeweis wird am unzweideutigsten durch die Unmöglichkeit der ehelichen Beiwohnung erbracht, also durch den Nachweis vollständiger Zeugungsunfähigkeit des Ehemannes, oder den einer solchen Abwesenheit desselben, daß eine geschlechtliche Vereinigung der Ehegatten während der kritischen Zeit unmöglich war. Hierauf ist der Gegenbeweis indessen nicht beschränkt. Es genügt, dem Richter in anderer Weise die Ueberzeugung zu verschaffen, daß die Ehegatten während der ganzen kritischen Zeit geschlechtlich getrennt lebten, wenn auch eheliche Beiwohnung an sich möglich gewesen wäre.[16] Was erforderlich ist, hängt von der Lage des Einzelfalles ab.[17] Es kann in Betracht kommen thatsächliche dauernde Trennung und offenkundiger gegenseitiger Haß und Widerwille, Verheimlichung der Geburt des Kindes vor dem Ehemanne,[18] oder daß die thatsächlich getrennte Frau mit einem Zuhalter öffentlich im Konkubinat lebte. Unter Umständen wird der Gegenbeweis leichter zu erbringen sein, wenn es sich um Widerlegung der Vermuthung handelt, daß ein nach Abschluß der Ehe, aber vor deren 210. Tage geborenes Kind vom späteren Ehemann erzeugt ist.[19] Hier kann in das Gewicht fallen, daß der künftige Ehemann die spätere Frau nachweisbar erst kurz vor der Hochzeit kennen lernte oder doch erst dann in ein näheres Verhältniß zu ihr trat; ferner, daß sie mit einem Andern verlobt war oder als dessen Konkubine lebte.

---

15) L. R. II, 2 § 5.

16) L. R. II, 2 § 2 fordert nur den Beweis der Nichtbeiwohnung. In den §§ 3 und 4 werden als Anfechtungsgründe Unvermögen und Abwesenheit aufgeführt, also Gründe der Unmöglichkeit der Erzeugung. Sollten dies die allein zulässigen Gründe der Anfechtung sein? Es ist dies nicht die Absicht des Gesetzes. Das allgemeine Gesetzbuch von 1792 hatte allerdings in seinem § 2 zum Gegenbeweis gegen die Vermuthung vollständigen Nachweis offenbarer Unmöglichkeit der Erzeugung durch den Ehemann gefordert. In diesem Zusammenhang bildeten §§ 3 und 4 die ausschließlichen Gründe der Anfechtung. Bei endlicher Redaktion des A. L. R. änderte man aber den § 2, und forderte nur überzeugenden Nachweis der Nichtbeiwohnung. Hierdurch erhalten §§ 3 und 4, obgleich ihr Text unverändert blieb, einen veränderten Sinn. So mit Recht das O. Trib. im Plenarbeschluß vom 5. September 1842, Entsch. Bd. 8 S. 73. Zur Gewinnung der richterlichen Ueberzeugung stehen alle Beweismittel offen, R. C. P. O. § 259, folglich auch richterlicher Eid, worüber man früher stritt, z. B. ein dem Vertreter des Kindes auferlegter. Wieweit ein Schiedseid zugeschoben werden kann, ergiebt R. C. P. O. § 410. Die Grundsätze, zu denen das A. L. R. gelangte, sind auch die gemeinrechtlichen, vgl. l. 6 D. de his, qui sui 1, 6 insbesondere in den Worten „vel alia causa." Vgl. Fuchs a. a. O. S. 44 ff.

17) L. R. II, 2 § 6 bestimmte: Das Zeugniß der Mutter soll weder für noch gegen die Rechtmäßigkeit eines in stehender Ehe erzeugten oder geborenen Kindes beweisen, vgl. l. 29 § 1 D. de probat. 22, 3. Es ist dies durch R. C. P. O. § 259, Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 14 Ziff. 2 aufgehoben. R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 1027.

18) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 10 S. 262 ff.

19) Vgl. oben § 42 bei Anm. 13.

Ausdrücklich bestimmt das Gesetz, daß ein Kind für unehelich zu erachten sei, welches zwar noch innerhalb der kritischen Zeit nach Beendigung der Ehe geboren, aber Frühgeburt ist, so daß es nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge nicht in der Ehe erzeugt sein kann, falls die Mutter nach der Endigung der Ehe verdächtigen Umgang mit Männern pflog.[20] Diese Umstände sind entsprechenderweise auch zu beachten, wenn eine Frühgeburt während der Ehe zur Welt kam, der Ehemann aber nur bei Beginn der kritischen Zeit mit seiner Ehefrau geschlechtlichen Verkehr haben konnte.

§ 44. Klage auf Anerkennung des Kindesverhältnisses.[1]

Die Klage auf Anerkennung der ehelichen Vaterschaft wird vorzugsweise da vorkommen, wo das Vorhandensein der die Vermuthung ehelicher Geburt begründenden Thatsachen zweifelhaft und bestritten ist.[2]

Die Klage kann von Jedem erhoben werden, welcher an der ehelichen Abstammung eines Kindes ein rechtliches Interesse hat. Es ist also zur Klage legitimirt vor Allem das Kind, welches Kindesrechte anspricht, sowie dessen Erbe, aber auch Andere, z. B. Gläubiger des Kindes, können klagberechtigt sein. Sofern der angebliche Vater noch lebt und die Legitimität bestreitet, ist die Klage ihm gegenüber anzustellen. Selbstverständlich kann auch der Vater auf Anerkennung seiner Rechte als Gewalthaber und Vater gegen das Kind beziehungsweise gegen dessen Vertreter klagen.

Der Beweis wird sich in der Regel darauf zu richten haben, daß zwischen dem angeblichen Vater und der Mutter des Kindes eine rechtsgültige Ehe bestand und daß das Kind von der Ehefrau innerhalb der kritischen Zeit geboren wurde. Zum Beweis der Eheschließung dienen natürlich in erster Linie die hierzu bestimmten öffentlichen Urkunden, z. B. der Trauungsschein eines Pfarramts für die frühere Zeit, die Urkunden der Standesbeamten für die Zeit nach Einführung der Civilehe. Die Legitimität wird jedoch hauptsächlich in Fällen streitig werden, in denen derartige Urkunden nicht vorhanden sind, die Eltern z. B. Ausländer waren, welche sich nach längerem Herumvagiren in Deutschland niederließen. In solchen Fällen sind Indicien bis zum Gegenbeweis beweiskräftig, wenn z. B. der angebliche Vater thatsächlich das Vorhandensein einer Ehe anerkannte, insbesondre wenn er die Mutter als Gattin

20) L. R. II, 2 § 21.

1) Selbstverständlich kann auch die Mutterschaft z. B. bei einem Findelkinde bestritten sein und der gerichtlichen Anerkennung bedürfen, doch sind dies seltene Fälle. Man wird anzunehmen haben, daß eine derartige Klage, so lange die angebliche Mutter lebt, zunächst zwischen dieser und dem Kinde zu verhandeln ist, und daß das zwischen Mutter und Kind ergangene Urtheil auch gegen Dritte Rechtskraft macht.

2) Vgl. jedoch oben § 42 Anm. 19.

ausgab, das Kind als eheliches in die Kirchenbücher oder Standesregister eintragen ließ. Es werden diese Thatsachen namentlich von Gewicht sein, wenn die Eltern gestorben, verschollen, in bewußtlosem Zustande sind.[3]

Das gegenüber dem angeblichen Vater ergangene Urtheil macht Rechtskraft für und gegen Dritte.[4]

§ 45. Die Alimentationspflicht der Verwandten.[1]

I. Schon das römische Recht hatte die Pflicht der Alimentation nicht bloß dem Vater, sondern allen Ascendenten und Descendenten aufgelegt.[2] Noch weiter gingen germanische Satzungen, nach welchen die Unterstützung verarmter Familiengenossen Familienpflicht war.[3] Hieraus erklärt sich wol, daß manche gemeinrechtliche Schriftsteller auch die Alimentation der Geschwister als Rechtspflicht ansahen,[4] obgleich das römische Recht für diese Auffassung keinen zureichenden Anhalt bot.[5]

II. Im Anschluß hieran erkennt das Landrecht eine Alimentationsverbindlichkeit, wie von Ascendenten und Descendenten, so auch, wenn gleich nur in einem begrenzten Maße, von Geschwistern an.

1. Die Verpflichtung, seine Kinder zu alimentiren, hat an erster Stelle der Vater,[6] ohne Rücksicht auf Gewalt, an zweiter Stelle die Mutter. Des Weiteren sind alle Verwandten auf- und absteigender Linie zur gegenseitigen Alimentation verpflichtet,[7] und zwar nach der Reihenfolge der

---

3) Man hat dann wohl von einem Besitz des Status gesprochen, welcher eine Vermuthung für die Rechtmäßigkeit desselben gewähre. Vgl. die Fälle bei Striethorst Archiv Bd. 6 S. 114, Bd. 62 S. 44.

4) Vgl. oben § 43 Anm. 11.

1) L. R. II, 2 §§ 63. 251—254, II, 3 §§ 14—30. Koch Recht der Ford. Bd. 3 § 196 ff. Gemeines Recht: Tit. Dig. de agnosc. vel al. liberis 25, 3. Glück Bd. 28 S. 50 ff. Puggé im Rhein. Museum Bd. 3 S. 559 ff., Reinhard in Linde's Zeitschrift n. F. Bd. 13 n. 5 S. 140 ff. Mandry Familiengüterrecht Bd. 1 S. 246 ff., Büngner Alimentationspflicht 1879.

2) Die Klagbarkeit dieser Verpflichtung — extra ordinem — gehörte wohl erst der römischen Kaiserzeit an; daß sie zunächst gegen die Hausväter eintrat, ergiebt l. 5 § 1 D. h. t.

3) Beseler Privatrecht § 114.

4) Carpzov def. for. p. II, c. 10 def. 19, Leyser spec. 325 med. 1 u. 2. Glück Bd. 28 S. 235 ff. Das gemeine Recht wird mit Recht in diesem Punkte als streitig vom O. Trib. angesehen. Die Verpflichtung der Alimentation der Geschwister besteht hiernach in der Mark, nicht aber im Herzogthum Westphalen. Vgl. oben § 1 Anm. 14.

5) Eine sittliche Verpflichtung der Geschwister zu gegenseitiger Alimentation wurde von den Römern begreiflicherweise angenommen l. 13 § 2 D. de adm. tut. 26, 7, l. 4 D. ubi pupillus 27, 2, l. 1 § 2 D. tutelae 27, 3.

6) L. R. II, 2 §§ 64. 65. 107. 251. Das ist auch gemeines Recht.

7) L. R. II, 3 § 14. Hat der Hülfsbedürftige einen Vater und Kinder, so sind sie gemeinsam verpflichtet, Eccius Bd. 4 § 239 Anm. 30.

gesetzlichen Erbfolge,[8] so daß beispielsweise die Enkel durch vorverstorbene Kinder, als neben den Descendenten ersten Grades erbberechtigt, gemeinschaftlich mit diesen alimentationspflichtig sind. Geschwister sind jedoch erst nach den Ascendenten verpflichtet, obgleich sie entfernteren Ascendenten im Erbrecht vorgehen oder, wenn sie halbbürtig sind, mit ihnen konkurriren.[9] Entfernteren Seitenverwandten, z. B. Geschwisterkindern, liegt keine erzwingbare, sondern nur eine natürliche Pflicht der Alimentation ob. Doch verlieren sie ihr Intestaterbrecht, wenn sie sich der Ernährung des unvermögenden Verwandten, trotzdem sie zu derselben aufgefordert waren, geweigert haben.[10]

Nur solche Blutsverwandte zählen hierher, deren Verwandtschaftsverhältniß das Gesetz anerkennt.[11] Uneheliche haben demnach Anspruch und Verpflichtung nur gegenüber ihrer Mutter und gegenüber unehelichen Kindern ihrer Mutter,[12] außerdem natürlich gegen ihre Descendenten. Ihr Alimentationsanspruch gegen ihren Erzeuger hat eine besondere Natur.[13]

Ist der an früherer Stelle zur Alimentation Berufene zu derselben nicht vermögend, oder ist er nicht zu erreichen, so treten die auf ihn Folgenden an seine Stelle.[14]

2. Voraussetzung des Alimentationsanspruchs ist

a) Bedürftigkeit des zu Unterstützenden. Derselbe darf also kein eigenes verwerthbares Vermögen besitzen und muß unfähig sein, sich durch Arbeit seinen Unterhalt zu erwerben.[15]

---

8) L. R. II, 3 §§ 17. 18. Auch nach gemeinem Recht ist die Mutter vor dem väterlichen Großvater in Anspruch zu nehmen, Windscheid Bd. 2 § 475 Anm. 5; doch ist dies bestritten. Ueberhaupt haften gemeinrechtlich die Ascendenten nach Ordnung des Grades. Manche lassen zwar die väterlichen Ascendenten vor den mütterlichen einstehen, vgl. hiergegen aber R. G. Bd. 4 S. 150.

9) L. R. II, 3 § 15.

10) L. R. II, 3 § 22 ff.

11) Ueber Adoption vgl. unten § 63, über Einkindschaft § 67 Anm. 2, über Legitimation §§ 59 und 60.

12) Vgl. unten § 68. Eccius Bd. 4 § 239 Anm. 11. Bezüglich der Mark siehe auch R. G. Bd. 24 S. 219.

13) Vgl. unten § 71.

14) L. R. II, 3 § 19 spricht nur von dem Falle des Unvermögens; daß der Fall, in welchem der nähere Verwandte wegen seiner Entfernung nicht angehalten werden kann, gleichsteht, ist anerkannt bei Striethorst Archiv Bd. 19 S. 141.

15) L. R. II, 2 § 251, II, 3 § 15, l. 5 §§ 7. 13. 17 D. h. t. 25, 3. Die Arbeit, welche gefordert werden kann, muß einerseits eine den Kräften, der Erziehung des Verarmten, sowie den Standesverhältnissen der Familie angemessene sein, andererseits darf sich der Verarmte nicht leicht der Arbeit schämen. Hierüber hat der Richter nach der Sachlage zu befinden. Nicht eingewendet kann werden, daß sich der Hülfsbedürftige durch „reiche Heirath" helfen könnte.

Anspruch auf Alimentation gegenüber Verwandten hat auch nicht, wer in der Lage ist, von näher Verpflichteten Unterhalt zu beziehen. Es hat daher die Ehefrau, welche ihre Verwandten in Anspruch nimmt, darzuthun, daß ihr Mann sie zu ernähren unfähig, oder doch, daß es unausführbar sei, ihn zu seiner Pflicht anzuhalten.[16]

Selbst der Vater ist zur Erhaltung seines Hauskindes aus eigenen Mitteln dann nicht verpflichtet, wenn dessen Vermögen hierzu ausreicht. Doch spricht die Vermuthung dafür, daß der Vater die Substanz des Vermögens seines Kindes zu diesem Zweck nicht antasten will. Daß dies gleichwohl die Absicht war, ist nur im Fall seiner ausdrücklichen Erklärung vor oder bei der Verwendung anzunehmen.[17]

b) Zur Verwandtenalimentation verpflichtet ist nur, wer zu derselben unbeschadet der Selbsterhaltung, sowie anderer näher liegender Pflichten im Stande ist.[18] Doch haben Kinder ersten Grades, welche sich noch nicht durch Begründung einer eigenen Wirthschaft oder Familie von den Eltern loslösten, eine besondre Stellung. Solche Kinder zu erhalten, ist für die Eltern keine mindere Aufgabe als die Selbsterhaltung. Andere Verwandte können billigerweise nicht beanspruchen, aus geringen Vermögensbeträgen, welche für den Alimentationsverpflichteten oder dessen Ehegatten und Kinder ein dürftiges Reservekapital bilden, alimentirt zu werden.[19] Inwieweit der dem Alimentationsverpflichteten mögliche Erwerb in Betracht zu ziehen ist, hängt von den Umständen ab. Besondere, nicht gewöhnliche Anstrengungen zur Beschaffung von Alimenten für die Verwandten können nicht gefordert werden.[20]

Abgesehen von dem Anspruch noch nicht selbständiger Kinder ersten Grades, welcher jedem anderen vorgeht, kann der Alimentationsverpflichtete von seinem Vermögen seine Schulden vorerst in Abzug bringen, jedenfalls gilt dies für Schulden aus lästigen Geschäften.[21]

---

16) Striethorst Archiv Bd. 44 S. 101.

17) L. R. II, 2 § 287, vgl. § 289. Anders Koch Recht der Ford. Bd. 2 S. 6, welcher behauptet, die Substanz des Kindesvermögens dürfe der Vater zur Erhaltung des Kindes nur bei eigener Bedürftigkeit angreifen.

18) Prägnant aber ungenau verlangt Koch a. a. O. S. 7, „daß der Verpflichtete Ueberfluß haben muß."

19) Vgl. Eccius Bd. 4 § 222 Anm. 6. Aehnlich R. G. Bd. 4 S. 154 in einem gemeinrechtlichen Fall. Eine entsprechende Entscheidung findet sich bei Striethorst Bd. 14 S. 201. Dagegen wird man kaum billigen, wenn das R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 114 ff. einem 60jährigen Vater, welcher 2 Mark täglichen Verdienst und 900 Mark Kapital hatte, dieses Kapital zur Verpflegung seines Sohns im Irrenhause entzog. Die Behandlung des Falls bei R. G. Bd. 5 S. 160 steht hiermit wohl in Widerspruch. Siehe noch R. G. bei Gruchot Bd. 38 S. 719.

20) Vgl. Plenarbeschluß des O. Trib. in Entsch. Bd. 20 S. 37.

21) Striethorst Archiv Bd. 78 S. 247.

c) Nicht in Betracht zu ziehen ist der Grund des Unvermögens des Alimentationsverpflichteten, also namentlich auch nicht etwaiges Verschulden desselben.[22]

d) So lange der seinem Verwandtschaftsgrade nach zunächst Berufene die Mittel zur Leistung von Alimenten nicht besitzt, besteht eine Verpflichtung desselben noch nicht. Subsidiär Verpflichtete, also entferntere Verwandte oder Armenverbände, haben daher keinen Rückgriff gegen ihn wegen der während der Zeit seiner Mittellosigkeit geleisteten Alimente, auch wenn er später Vermögen erwerben sollte.[23]

e) Es ist Sache des Alimentenklägers, darzulegen, und im Streitfalle zu beweisen, daß er alimentationsbedürftig und daß Beklagter alimentationspflichtiger Verwandter sei. Ergiebt sich, daß nähere Verwandte vorhanden sind, so hat Kläger auch darzuthun, daß dieselben unvermögend oder nicht zu erreichen sind. Ob dem Kläger außerdem der Nachweis obliegt, daß der in Anspruch Genommene zur Leistung der Alimente im Stande ist, wird gemeinrechtlich bestritten[24] und war im früheren preußischen Rechte streitig. Die Deklaration vom 21. Juli 1843 verlangt aber mit Recht, daß der Beklagte seinerseits zur Abwendung des Anspruchs seine Vermögens- und Erwerbslage offen lege und nicht vom Gegner einen Beweis über Dinge fordere, über die er selbst die beste Auskunft geben kann.[25]

3. Ascendenten und Descendenten haben in der Regel Anspruch auf anständigen Unterhalt nach Maßgabe des Vermögens oder der Erwerbskraft des Pflichtigen.[26] Ist aber der Hülfsbedürftige durch eigene Schuld verarmt oder hat er sich gegen den Alimentationsverpflichteten so betragen, daß dieser zur Enterbung berechtigt wäre, so kann er nur nothdürftigen standesmäßigen Unterhalt verlangen.[27] Geschwister schulden sich stets bloß nothdürftigen Unterhalt.[28]

22) Striethorst Archiv Bd. 78 S. 247.

23) Striethorst Archiv Bd. 70 S. 182 ff.

24) R. G. Bd. 4 S. 154 legt dem Kläger nach gemeinem Recht den Beweis auf, daß der Beklagte nach seinen Vermögens- oder Erwerbsverhältnissen die Alimentation zu leisten im Stande sei. Dies um deswillen, weil das römische Recht die Leistungsfähigkeit als Voraussetzung des Alimentationsanspruchs hinstelle. Der Grund ist hinfällig, der Kläger hat keineswegs sämmtliche Voraussetzungen seines Anspruchs zu beweisen. Für die Vertheilung der Beweislast kommen noch andere Erwägungen in Betracht.

25) Förster nimmt dagegen an, „die falsche Praxis" sei durch die Deklaration geltendes Recht geworden. Aehnlich schon Koch Forderungen Bd. 3 S. 9, vgl. aber Eccius Bd. 4 § 239 Anm. 14. Gemäß § 16 des Einf. Ges. zur R. C. P. O. blieb die Deklaration durch diese unberührt, R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 132.

26) L. R. II, 2 § 252. Die gemeinrechtlichen Juristen pflegen zu unterscheiden zwischen alimenta civilia, d. h. standesgemäßen, und naturalia, d. h. nothdürftigen.

27) L. R. II, 2 § 253, II, 3 § 14, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1181. Nach gemeinem Recht hat der Hülfsbedürftige keinen Anspruch, wenn er sich in grober Weise

Der Anspruch geht zunächst auf Naturalverpflegung. Alimentengelder sind nur zu leisten, wenn hierfür besondere Gründe sprechen, insbesondere die Pflichtigen solche Verpflegung nicht in entsprechender Weise gewähren können oder wollen. So wenn mehrere gleichmäßig Verpflichtete sich nicht darüber einigen, wer die Naturalverpflegung übernehme.[29] Die Alimentengelder sind für gewisse Zeitabschnitte im voraus zu bezahlen, weil sonst der Hülfsbedürftige in dem ersten dieser Zeitabschnitte nichts zum Leben hätte.[30]

Was zu anständiger Verpflegung gehört, ist jeweilen nach den Umständen zu bemessen. Die Alimente begreifen an erster Stelle, was zur Erhaltung des Körpers nothwendig ist, also Nahrung, Kleidung, Wohnung sowie Feuerung, ferner ärztliche und Apothekerkosten.[31] Aber die anständige Verpflegung ist hierauf nicht beschränkt. Kosten der Erziehung und Ausbildung der Kinder sind selbstverständlich inbegriffen, Bücher und Lektüre können ein Bedürfniß sein, welches je nach den Verhältnissen zu gewähren ist.[32]

Prozeßkosten aber gehören nicht zum Lebensunterhalt. Zwar hat sie der Ehemann seiner Frau zu gewähren. Aber das ist Folge der Verbindlichkeit zur Vertretung und zum Schutz derselben, für den Unterhalt eines Verwandten also nicht maßgebend.[33]

4. Die Schwiegertochter hat keinen selbständigen Alimentationsanspruch gegen die Ascendenten ihres Mannes, die Stiefmutter oder der Stiefvater keinen gegen die Descendenten ihres Ehegatten. Es wäre jedoch hart und der Natur der Sache zuwider, wenn die Alimentationsverpflichteten, welche hierzu in der Lage sind, dem Hülfsbedürftigen nicht das zur Erhaltung

---

gegen seine Verwandtenpflicht verfehlte, l. 4 C. de al. lib. 5, 25, R. G. Bd. 5 S. 157. Die Verwirkung des Alimentationsanspruchs tritt gemeinrechtlich in den Fällen ein, in welchen ein gesetzlicher Enterbungsgrund besteht, sie ist aber nicht auf diese Fälle beschränkt, R. G. a. a. O.

28) L. R. II, 3 § 15. Bezüglich der Kinder des Geschwisters vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 966.

29) Striethorst Archiv Bd. 69 S. 50. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 414, Bd. 33 S. 122, J. M. Bl. 1894 S. 16. — R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 468 erachtet es als offene Frage, ob die Alimentation in Geld oder Natur zu geschehen habe, über welche der Richter im Einzelfalle befinden müsse.

30) Koch Forderungen Bd. 3 § 197 Anm. 30.

31) l. 6 D. de alim. legatis 34, 1 besagt: legatis alimentis cibaria et vestitus et habitatio debebitur, quia sine his ali corpus non potest, caetera quae ad disciplinam pertinent, legato non continentur. Feuerung, welche der Italiener entbehren konnte, ist jedenfalls in Deutschland ebenso unentbehrlich als Nahrung.

32) Das römische Recht rechnet zu den Alimenten nur das zur Erhaltung und Pflege des Körpers Erforderliche; aber schon das gemeine Recht steht, den heutigen Verhältnissen entsprechend, nicht mehr auf dem römischen Standpunkte. Anders freilich Windscheid Bd. 2 § 475 Anm. 10 und 11. Keinenfalls beschränkt sich nach preußischem Recht die Verpflichtung auf die körperlichen Bedürfnisse.

33) Vgl. Koch Ford. Bd. 3 S. 13.

seines Ehegatten Nothwendige gewähren müßten. Auch hier kommt es auf ein richtiges Abwägen der Verhältnisse an.[34]

Der Betrag der Alimente richtet sich nach dem Bedürfniß. Selbst eine rechtskräftige Festsetzung ihrer Höhe kann daher abgeändert werden, falls eine wesentliche Veränderung[35] der maßgebenden Verhältnisse eintritt.

5. Mehrere gleich nahe Verpflichtete sind bloß gemeinschaftlich, jedoch nach Verhältniß ihrer Kräfte verbunden.[36] Daher ist auch die Klage gegen Alle gemeinsam zu erheben.[37] Natürlich sind aber nur diejenigen Verwandten mit zu belangen, welche zur Leistung vermögend sind.[38] Auch muß die Klage nicht etwa solche Verwandte in Anspruch nehmen, welche ihre Verbindlichkeit erfüllen.[39] Endlich kommen außerhalb des deutschen Reiches Wohnende, die zur Erfüllung ihrer Pflicht nicht bereit sind und zu derselben im Reiche nicht angehalten werden können, auch hier nicht in Betracht.[40] Das Urtheil muß, um vollstreckbar zu werden, den Betrag, welchen Jeder der gemeinsam Beklagten zu zahlen hat, bestimmen. Wer nur Einzelne der an sich Gleichverpflichteten auf das Ganze verklagt, hat die Gründe, welche dies Vorgehen rechtfertigen, seinerseits darzulegen und im Streitfall zu erweisen.[41] Es ist aber statthaft, von dem Einzelnen den Betrag selbständig einzuklagen, welchen er nach Verhältniß seines Vermögens zu leisten hat.[42]

6. Die Alimentationsklage bezweckt grundsätzlich die Verurtheilung zu künftiger Verpflegung. Dieser Anspruch ist aktiv und passiv unvererblich[43]

---

34) Anders Bornemann Bd. 5 S. 7, Eccius Bd. 4 § 239 Anm. 3. Die ziemlich vage Aeußerung von Suarez, welche Bornemann mittheilt, kann die Frage nicht entscheiden. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 14 S. 371. R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 1031 hat die Verpflichtung in einem Fall verneint, in welchem das minderjährige Hauskind ohne väterlichen Konsens heirathete, die Ehe dann auch für nichtig erklärt wurde. Auch R. G. Bd. 4 S. 152 entscheidet sich in einem gemeinrechtlichen Fall gegen die Haftung für die Erhaltung der Schwiegertochter.

35) Koch Ford. Bd. 3 S. 55. R. G. Bd. 4 S. 155. Vgl. aber R. G. Bd. 19 S. 313, bei Gruchot Bd. 33 S. 430, Bd. 34 S. 1058, Bd. 38 S. 719.

36) L. R. II, 3 § 20.

37) Präj. des O. Trib. 1202, Präj. 2437, Entsch. Bd. 26 S. 155 und öfters. Entsch. des R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 1038. Die Streitgenossenschaft ist eine nothwendige im Sinne des § 59 R. C. P. O. R. G. Bd. 17 S. 359 und bei Gruchot Bd. 34 S. 1155. — Koch Ford. Bd. 3 S. 67 nimmt Solidarhaft an. Förster Bd. 3 § 239 Anm. 40 behauptet, der Begriff der Gemeinschaftlichkeit sei dem A. L. R. eigenthümlich, erzeugt durch das Bestreben, der Vervielfältigung der Prozesse entgegenzuwirken, er sei unklar und erschwere in ungerechter Weise das Klagerecht. Gemeinrechtlich ist bestritten, ob getheilte oder gemeinschaftliche oder solidarische Haftung eintritt. Für gemeinschaftliche Verpflichtung spricht sich Mandry Familiengüterrecht Bd. 1 S. 256 aus. Doch ist die herrschende gemeinrechtliche Ansicht für solidarische Verhaftung; so auch R. G. Bd. 4 S. 151.

38) Striethorst Archiv Bd. 39 S. 176.

39) Striethorst Archiv Bd. 78 S. 245.

40) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 72 S. 299.

41) R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 1039.

42) Eccius Bd. 4 § 239 Anm. 40 und R. G. Bd. 31 S. 412.

und unverjährbar. Er ist in der Regel nicht abtretbar und nicht pfändbar. Der Alimentationsberechtigte ist befugt, Rückstände zu fordern, wenn er nachweist, daß er behufs seiner Alimentation Schulden gemacht hat, die noch zu tilgen sind.[44] Er kann ferner Schadensersatz wegen des durch die Nichtleistung entstandenen Schadens verlangen.

Wer die Alimentation des Hülfsbedürftigen leistet, sei es, weil er dazu gesetzlich verpflichtet ist, wie z. B. der öffentliche Armenverband, sei es, weil er sich freiwillig hierzu versteht, kann mit der a. negotiorum gestorum von dem zunächst Alimentationsverpflichteten die Vorlage von Alimentationsgeldern fordern, wenn dieser sich zur eigenen Leistung der Verpflegung nicht versteht. Er ist nicht weniger befugt, Ersatz wegen der vorgestreckten Alimente zu verlangen. Diese Ersatzklage ist aktiv und passiv vererblich, sie unterliegt der vierjährigen Verjährung der Forderungen wegen rückständiger Alimente.[45]

7. Zur Befriedigung der Ehefrau und ehelichen Kinder des Schuldners wegen solcher Alimente, welche für die Zeit seit Erhebung der Klage und für das diesem Zeitpunkt vorausgehende letzte Vierteljahr zu entrichten sind, ist Pfändung von sonst unpfändbarem Einkommen des Schuldners verstattet.[46]

---

43) Gemeinrechtlich treten die Erben alimentationspflichtiger Kinder dann in deren Alimentationspflicht ein, wenn sich die Eltern in großer Dürftigkeit befinden l. 5 § 17 D. de agnosc. vel al. liberis 25, 3, R. G. Bd. 4 S. 208. Dem preußischen Recht ist dies fremd.

44) Koch zu § 612 L. R. II, 2 geht davon aus, die Alimentenklage gehe nur auf die Zukunft nach dem Grundsatze in praeteritum non vivitur. Rückständige Alimente gebe es daher im Rechtssinne nicht. Dennoch könne aus besondern Gründen bezüglich der Vergangenheit geklagt werden, so wenn vom Kinde Vorschüsse auf die Alimente aufgenommen seien, desgleichen könnten Dritte mit der a. neg. gest. klagen. Diese Ausführung beruht auf dem richtigen Gedanken, daß Alimente zu einem bestimmten Zwecke, nämlich dem Lebensunterhalte, dienen sollen und daß dieser Zweck gewöhnlich nicht mehr erreichbar ist, sofern der Alimentenberechtigte, ohne eine Verbindlichkeit übernommen zu haben, sein Leben ohne sie gefristet hat. Radikaler ist Eccius Bd. 4 § 239 Anm. 21 a. Er erachtet den auch vom R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 414 nicht beanstandeten Satz, wonach dem Alimentationsberechtigten, der sich durch Eingehung von Schulden erhalten hat, ein Anspruch pro praeterito zusteht, für unrichtig. Dieser Satz entspricht aber dem Zweck, den Unterhalt zu verschaffen. Andererseits hat das O. Trib. Entsch. Bd. 55 S. 105 wenigstens bezüglich der Alimentation unehelicher Kinder durch den Erzeuger angenommen, aus der Unterlassung und aus der Verzögerung der Erfüllung werde neben dem Recht auf Nachforderung des Nichtgeleisteten auch das Recht auf Schadensersatz begründet. Vgl. übrigens die bei Rönne zu § 612 L. R. II, 2 Angeführten und R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 1041.

45) Reichsgesetz vom 6. Juni 1870 über den Unterstützungswohnsitz § 62 Abs. 1. Gesetz vom 13. März 1878 betr. die Unterbringung verwahrloster Kinder § 12, Deklaration vom 20. Okt. 1822, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1022. Vgl. übrigens Eccius Bd. 4 § 239 Anm. 22.

46) R. C. P. O. § 749 Abs. 4 gestattet die Pfändung nur den „ehelichen Kindern“, nicht entfernteren Descendenten, ohne Unterscheidung zwischen gesetzlichen und vertragsmäßigen Alimenten, Struckmann und Koch a. a. O. Das Reichsgesetz vom 21. Juni 1869 über die Lohnbeschlagnahme findet nach § 4 Ziff. 3 keine Anwendung auf die

Dies Vorrecht ist auch der Klage dessen zuzugestehen, welcher für jene Personen die Alimente vorgelegt hat.

8. Der zur Alimentation verpflichtete Verwandte hat in der Regel kein Recht auf Rückerstattung des in Folge dieser Pflicht Ausgelegten, auch wenn der Hülfsbedürftige später in bessere Vermögensumstände kommt.[47]

Geschwister jedoch können das von ihnen gemäß des Gesetzes Geleistete nach besonderer Bestimmung des Landrechts zurückverlangen.[48] Haben sie mehr gegeben als sie schuldeten, so gilt, wenn sie sich die Rückgabe nicht vorbehielten, das Mehr als geschenkt.[49]

Entferntere Anverwandte werden sich gleichfalls ein Rückforderungsrecht vorbehalten müssen, wenn sie Erstattung der von ihnen gewährten Alimente verlangen wollen, da sie einer natürlichen Verpflichtung Genüge leisteten.[50] [51]

§ 46. Recht auf Ausstattung.

I. Nach römischem Kaiserrecht lag die Dotation einer vermögenslosen Tochter dem Vater und väterlichen Großvater, in Fällen dringenden Bedürfnisses auch der Mutter ob.[1] Auch galt im Fall einer Emancipation das Pekulium des Hauskindes im Zweifel als ihm geschenkt.[2] Konnte von

---

Beitreibung der auf „gesetzlicher" Vorschrift beruhenden Alimentationsansprüche der „Familienglieder", ist also einerseits weiter, andererseits enger. — R. G. Bd. 3 S. 16 rechnet die geschiedene Ehefrau nicht zu den „Familiengliedern".

47) Auch die Römer verneinen für die Regel einen Rückforderungsanspruch, wenn der Verwandte den Verwandten pietatis respectu aluit, l. 27 § 1 D. de neg. gest. 3, 5. Anders liegt der Fall der l. 34 D. eod., da die Großmutter nepotis sui negotia gessit.

48) L. R. II, 3 § 21.

49) L. R. I, 11 § 1041 ff., oben Bd. 2 § 161 Anm. 28.

50) Die Frage, ob entferntere Seitenverwandte ein Rückforderungsrecht wegen der ohne Vorbehalt geleisteten Alimente haben, ist eine bestrittene. Koch Ford. Bd. 3 S. 70 nimmt an, es müsse, damit eine Forderung des Alimentirenden entstehe, animo credendi geleistet sein; vgl. Eccius Bd. 4 § 239 Anm. 57.

51) Nicht zweifellos ist die Frage, nach welchem Ortsrechte die Unterstützungspflicht der Verwandten zu regeln ist? Es wird in erster Linie nach L. R. Einleitung § 23 das Recht des Wohnsitzes des Berechtigten maßgebend sein müssen, da es sich um eine Befugniß handelt, welche Ausfluß seines Personenstandes ist. Andererseits wird aber diese Befugniß nur soweit geltend gemacht werden können, als sie das Recht des Wohnsitzes des Verpflichteten überhaupt kennt. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 56 S. 8. R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 873. Dagegen nimmt Koch zu § 15 L. R. II, 3 an, die Alimentationsverbindlichkeit sei ein Korrelat des Intestaterbrechts, sie richte sich daher nach eben den Gesetzen, nach welchen die gesetzliche Erbfolge in den Nachlaß des Angesprochenen bestimmt werde, also nach den Gesetzen des Wohnsitzes des angeblich Verpflichteten. Der so gemachte Schluß ist nicht überzeugend. Es stimmen Hinschius, an demselben Orte, wie auch Förster Bd. 3 § 239 Anm. 12, Koch nicht zu., vgl. aber auch R. G. a. a. O.

1) l. 19 D. de ritu nuptiarum 23, 2, l. 14 C. de jure dotium 5, 12. Windscheid Bd. 2 § 493 n. 4 ff. Dernburg Pand. Bd. 3 § 15.

2) Arg. l. 53 D. de peculio, vgl. fragm. Vat. § 260.

dem letzteren Satz im gemeinen Recht keine Rede sein, so war auch die Geltung der Dotationspflicht bei den älteren gemeinrechtlichen Juristen streitig.[3]

Auf wesentlich verschiedener Grundlage beruhte es, daß nach deutschem Rechte der überlebende Ehegatte, welchem statutarisch der Nießbrauch am Vermögen des vorverstorbenen Gatten, oder das Alleinerbrecht an demselben zustand, oder welcher mit den unabgefundenen Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft verblieb, zur Ausstattung der Söhne, wenn sie sich selbständig etablirten und der Töchter, wenn sie sich verheiratheten, verpflichtet galt.

II. Nach preußischem Rechte ist die Pflicht der Eltern zur Ausstattung ihrer Kinder nur eine natürliche, nicht im Prozeßwege erzwingbar.[4]

a) Diese Ausstattung gebührt Söhnen, welche eine abgesonderte Wirthschaft anfangen, zu deren ersten Einrichtung und zur Anschaffung der für den Betrieb des Gewerbes unentbehrlichen Geräthschaften; desgleichen Töchtern zur Hochzeit und zur ersten Einrichtung des Hausstandes.

Kinder, welche schon einmal ausgestattet waren, haben keinen Anspruch auf nochmalige Ausstattung.[5]

b) Die Ausstattung liegt in erster Linie dem Vater, in zweiter der Mutter ob.[6] Leben die Eltern in allgemeiner Gütergemeinschaft, so ist sie aus der Masse zu entrichten.

c) Wird der Verpflichtung nicht Genüge geleistet, so ist die Vermittlung des Vormundschaftsgerichts anzurufen. Zwang findet jedoch nicht statt.[7]

d) Die Ausstattung darf, wenn die Kinder eigenes Vermögen haben, aus dessen Substanz genommen werden; im Zweifel ist aber nicht anzunehmen, daß die Eltern von dieser Befugniß Gebrauch machen.[8] Es besteht in dieser Hinsicht ein Gegensatz zu dem über die Ausstattung hinaus als Mitgabe oder Brautschatz Gegebenen, welche im Zweifel als aus dem Vermögen der Kinder stammend erachtet wird.[9]

3) Gegen die Dotationspflicht des Vaters spricht sich u. A. aus Hellfeld jurisprudentia forensis § 1231 not. p.

4) L. R. II, 2 § 232 ff., § 240, vgl. die Aeußerungen von Suarez in v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 138, die übrigens geeignet sind, ein falsches Bild der bezüglichen Bestimmungen zu geben.

5) L. R. II, § 242.

6) L. R. II, 2 §§ 235. 236. Die Mutter steht an Stelle des Vaters nicht bloß wenn er verstorben oder unvermögend ist — angef. § 236 — sondern auch wenn er nicht zu erreichen oder das Kind ein uneheliches ist.

7) L. R. II, 2 § 238 ff. Striethorst Archiv Bd. 66 S. 159. Der Vormundschaftsrichter soll zwei Standes- oder Zunftgenossen des Vaters zuziehen, um die Ausstattung zu bestimmen. Er soll sich aber bei der auf Pflicht und Gewissen abgegebenen Erklärung beruhigen, daß die Eltern ohne Nachtheil für sich und ihre übrigen Kinder die Ausstattung nicht leisten können.

8) L. R. II, 2 § 234. Die natürliche Verpflichtung der Eltern erscheint hiernach und nach § 235 des Titels nur als subsidiäre. Siehe auch unten Anm. 10 am Ende.

9) L. R. II, 2 § 245.

e) Formlose Erklärung der Eltern, die Ausstattung aus dem Vermögen der Kinder zu nehmen, genügt. Sie muß aber vor oder bei der Ausstattung abgegeben sein. Eine nachträgliche Erklärung des Vaters oder der Mutter, wodurch sie das Kind belasten, kommt nicht in Betracht.[10]

Zweites Kapitel.

Die väterliche Gewalt.[1]

§ 47. Allgemeines.

1. Im heutigen deutschen Recht bezeichnet man nach römischem Vorgange das Verhältniß des Vaters zu dem in der Abhängigkeit von ihm stehenden Kinde als Gewalt. Immerhin ist dieses väterliche Recht sehr verschieden von dem Rechte des Vaters in Rom. Denn dort begründete die Gewalt eine vollkommene lebenslängliche Abhängigkeit der Kinder und ihrer Descendenten durch den Mannsstamm, welche zwar im justinianischen Recht gemildert, aber nicht beseitigt ist. Die Gewalt des deutschen Vaters dagegen hat überwiegend das Wesen einer Vormundschaft behalten.[2]

2. Die väterliche Gewalt des Großvaters über die Enkel, wie sie das römische Recht kannte, wurde in Deutschland nicht allgemein reci=

---

10) R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 1029, vgl. Gruchot Bd. 3 S. 249. Das Obertribunal nahm an, der Vater habe das Recht, das eigene Vermögen der Kinder zu den Ausstattungskosten zu verwenden, auch wenn er sich dies seinerzeit bei Ausrichtung der Ausstattung nicht vorbehalten habe, er könne daher jene Kosten noch bei Ausantwortung des Kindesvermögens in Anrechnung bringen. Es liege jedoch hierin ein auf der väterlichen Gewalt beruhendes specifisches Recht des Vaters, welches in seinem Verfügungsrecht über das Kindesvermögen begründet sei. Der Mutter stehe ein entsprechendes Recht nicht zu, auch dann nicht, wenn sie das Vermögen der Kinder, sei es in Folge eigenen Rechts oder als Vormund, hinter sich habe. Denn die Mutter sei zu einer Ausstattung der Kinder aus deren Vermögen nicht ohne Zustimmung des Vormundschaftsgerichts berechtigt, Entsch. des O. Trib. Bd. 20 S. 284, Striethorst Archiv Bd. 97 S. 177. Es ist derzeit wohl nicht mehr nöthig, auf diese den Sinn von L. R. II, 2 § 234 verdunkelnden Distinktionen näher einzugehen, nachdem sie vom R. G. in der angeführten Entscheidung im Wesentlichen verlassen sind. Nicht darauf kann es ankommen, ob die Mutter berechtigt ist, ihr Kind aus dessen Vermögen auszustatten; dies ist eine Frage, die für sich auszutragen ist. Die Frage ist, wollte sie die Ausstattung aus ihren Mitteln geben? dies ist jedenfalls zu verneinen, wenn sie das Gegentheil erklärte, wozu sie § 234 ermächtigt. Ferner aber muß die Erklärung des Vaters, wie die der Mutter vor oder bei der Ausstattung ausgesprochen sein. Denn das Gesetz nimmt eben, wenn nichts erklärt wurde, an, daß die Ausstattung aus dem eigenen Vermögen der Eltern geleistet sei. Dies ergiebt insbesondere der Ausdruck „könne" in L. R. II, 2 § 234, vgl. hiermit § 245 des Titels; L. R. II, 2 § 288 steht nicht im Widerspruch.

1) L. R. II, 2. Gesetz vom 12. Juli 1875 über die Geschäftsfähigkeit Minderjährigen. — Stölzel, das Recht der väterlichen Gewalt in Preußen, Berlin 1874, Separatabdruck aus dem J. M. B. 1874 S. 128 ff. Boas das Institut der väterlichen Gewalt und die Vormundschaftsordnung bei Gruchot Bd. 20 S. 759 ff.

2) Darüber, daß nach altdeutschem Recht der Vater Vormund seiner Kinder war, vgl. Kraut Vormundschaft Bd. 2 S. 586.

pirt,[3] jedenfalls ist sie dem preußischen Rechte unbekannt. Dagegen hat man in Deutschland vielfach die Befugnisse der Mutter denen des Vaters entsprechend gestaltet und zu einer mütterlichen Gewalt erhoben, die besonders nach dem Tode des Vaters hervortritt und Einsetzung einer Vormundschaft ausschließt. Im preußischen Recht ist das Elternrecht des Vaters auch der Mutter gegenüber schärfer betont, als in andern deutschen Landesrechten, insbesondere in süddeutschen, der Fall ist. Das Elternrecht der Mutter, welches namentlich im Erziehungsrecht zu Tage tritt, hat aber auch hier erhebliche Bedeutung.

3. Die väterliche Gewalt entsteht mit der Geburt eines ehelichen Kindes. In vollem Maße wird sie außerdem hergestellt mittels Legitimation durch nachfolgende Ehe. Legitimation durch Reskript, Kindesannahme und Einkindschaft begründen sie nur in beschränktem Umfang.[4]

4. Die väterliche Gewalt erlischt nicht bloß, wie die römische, durch den Tod oder die Todeserklärung von Vater oder Kind, oder durch eine auf dem Willensentschluß des Vaters beruhende Entlassung, sondern auch durch die Selbständigkeit des Kindes. Dieselbe wird gesehen in der abgesonderten Hauswirthschaft des Sohnes und in der Verheirathung der Tochter. Großjährigkeit des Kindes ist kein Endigungsgrund.[5]

Immerhin hat der Großjährige, welcher wie ein Gewaltunabhängiger auftrat und Rechtsgeschäfte einging, seinerseits darzuthun, daß er noch in der Gewalt stand und in Folge dessen der vollen Handlungsfähigkeit entbehrte.[6]

---

3) Ueber die patria potestas des Großvaters vgl. l. 4. l. 5 D. de his, qui sui 1, 6; pr. J. q. m. j. p. p. s. 1, 12; als gemeinrechtlich sieht sie an Windscheid Bd. 2 § 521 Anm. 3, vgl. aber Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 151 Anm. 7. — Nach der Vormundschaftsordnung vom 13. September 1718 § 5 scheint es zwar, daß in der Mark eine väterliche Gewalt des Großvaters väterlicherseits bestehe, vgl. aber § 19 derselben. Jedenfalls wurde in der märkischen Praxis jederzeit der Art verfahren, daß beim Vorhandensein eines Großvaters väterlicherseits, wenn auch der verstorbene Vater bis zum Tode in dessen Gewalt gestanden hatte, eine Vormundschaft eingeleitet, also eine Gewalt des Großvaters nicht anerkannt wurde, v. Scholz-Hermensdorff Bd. 2 S. 52.

4) Hierüber siehe unten § 59 ff.

5) In neuerer Zeit sind vielfach Bestrebungen hervorgetreten, Großjährigkeit zum Grund der Aufhebung der väterlichen Gewalt zu machen. Vgl. u. A. Hoffmann in Behrend's Zeitschrift Bd. 7 S. 292 ff. Es ist nicht zu leugnen, daß dies das Recht vereinfachen würde und für den Verkehr nützlich wäre. Für die Verhältnisse zahlreicher Stände wäre jedoch die Neuerung bedenklich. Dies gilt für die Studirenden, welche immer länger auf der Gymnasialbank zurückgehalten, mit dem 21. Jahre kaum in der Verfassung sind, wirthschaftlich selbständig zu werden, und die man daher der väterlichen Obhut nicht mit gutem Grund beraubt. Ebensowenig ist es zweckmäßig, die jungen Officiere mit 21 Jahren ihrem Vater gegenüber wirthschaftlich selbständig zu machen, wenn sie Muttergut besitzen.

6) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 68 S. 193 ff., R. O. H. G. Bd. 20 S. 98, R. G. Bd. 23 S. 297, siehe auch oben Bd. 1 § 126 bei Anm. 20. Umgekehrt legte R. O. H. G.

§ 48. Die regelmäßige Beendigung der Gewalt.

I. Während das ältere deutsche Recht die väterliche Vormundschaft mit der Mündigkeit des Sohnes und mit der Verheirathung der Tochter endigen ließ,[1] erachtete man seit der Reception des römischen Rechts als Beendigungsgründe die Anlegung einer besonderen Haushaltung seitens des Sohnes, und nach wie vor die Verheirathung der Tochter.[2] Daneben galt zwar auch die durch den Vater besonders vollzogene Emancipation des römischen Rechtes als recipirt, hatte aber in der Praxis wenig Bedeutung.

II. Das preußische Recht steht auf dem gemeinrechtlichen Boden.

1. Haussöhne treten in der Regel aus der Gewalt durch Errichtung einer abgesonderten Wirthschaft.[3]

Dies gilt unbedingt für den großjährigen Sohn, habe derselbe nun das 21. Jahr vollendet, oder sei er mit Einwilligung des Vaters für großjährig erklärt. Der Vater kann ihn an der Einrichtung der besonderen Wirthschaft nicht hindern,[4] es sei denn, daß er dem Gerichte Gründe beibringt, welche hinreichen würden, den Sohn als Verschwender zu erklären.[5]

Eine abgesonderte Wirthschaft wird insbesondere dann angenommen, wenn der Sohn ein eigenes Gewerbe betreibt, oder ein öffentliches Amt bekleidet.[6] Doch kann es auch genügen, daß der Sohn, welchem dies seine Mittel gestatten, als Rentner außerhalb des väterlichen Hauses wohnt.[7]

Ein eigenes Gewerbe betreibt der Sohn, wenn er selbständig, z. B. als Kaufmann oder Handwerker oder Landwirth eine Beschäftigung treibt, welche der Art nach geeignet ist, als Lebensberuf zu dienen und seinen Mann zu ernähren. Es kommt nicht darauf an, ob dies im gegebenen Falle zutrifft. Bloßes Nebengewerbe eines Sohnes, welcher in der Hauptsache in der väterlichen Wirthschaft in unselbständiger Stellung thätig bleibt, genügt nicht. Wer aber in Diensten eines Anderen eine Stellung annimmt, welche

---

Bd. 7 S. 26 und R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 962 dem Gläubiger des großjährigen Ausstellers eines Wechsels, dessen Vater noch lebte, den Beweis auf, daß die väterliche Gewalt über den Wechselschuldner aufgehoben war, und zwar schon vor Ausstellung und beziehentlich Acceptation des Klagewechsels.

1) Kraut Vormundschaft Bd. 2 S. 591.

2) Kraut a. a. O. Bd. 2 S. 644.

3) L. R. II, 2 § 210.

4) L. R. II, 2 § 213. Es ist auch nicht ein stillschweigendes Einverständniß des Vaters mit dem Beginn des Gewerbebtriebes durch das Kind erfordert. Striethorst Archiv Bd. 58 S. 117.

5) L. R. II, 2 §§ 211. 213. Unsere früheren Auflagen erachteten das Vormundschaftsgericht zur Entscheidung zuständig. Nach Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 8 S. 52 ist aber der Streit im Proceßwege auszutragen.

6) L. R. II, 2 § 212ᵃ. R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 961.

7) R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 932.

einen besonderen Lebensberuf auszumachen pflegt, z. B. als Kommis, Oekonomieverwalter, tritt aus der Gewalt, wenn dies geschah, um sich dauernd dem Vater gegenüber wirthschaftlich selbständig zu machen.[8] Und selbst dann, wenn ein Haussohn seinen Lebensberuf in einer vertragsmäßig besoldeten Stellung im Geschäft seines Vaters findet, hat er getrennte Wirthschaft; wogegen dies nicht der Fall ist, wenn er beliebig widerruflich und bloß thatsächlich den Vater vertritt, z. B. in der Verwaltung der väterlichen Güter.[9]

Der bloße Erwerb der Fähigkeit zum Betrieb eines Gewerbes, z. B. die Erlangung des Rechtes zur ärztlichen Praxis, reicht natürlich nicht hin,[10] so lange von derselben kein Gebrauch gemacht wird. Wenn aber Jemand ein kaufmännisches Geschäft behufs seiner Etablirung ankauft, so bildet dieser Ankauf bereits den Beginn seines Gewerbebetriebes.[11]

Oeffentliche Beamtungen bewirken dann keine Entlassung aus der Gewalt, wenn sie unbesoldete Ehrenämter sind.[12] Dagegen macht es keinen Unterschied, ob der Beamte, z. B. ein Assessor[13] oder ein an der Universität angestellter Professor, im besonderen Falle Gehalt bezieht oder nicht; dies können Dritte nicht untersuchen und feststellen. Vorbereitungsdienste, wie namentlich der des Referendars, beendigen die väterliche Gewalt nicht.

Subalternofficiere im aktiven Dienst — d. h. hier Officiere unter dem Hauptmann oder Rittmeister — treten nach besonderer Bestimmung durch ihre Offiziersstellung und Gage nicht aus der Gewalt.[14]

---

8) Die thatsächlichen Verhältnisse sind hierbei von entscheidendem Gewicht. Der Geselle also, welcher, wenn er auch Lohn erhält, sich bloß im Vorbereitungsdienste befindet, um sich selbständig zu etabliren, wenn er ausgelernt hat, bleibt Hauskind; wer es zum selbständigen Meister nach seinen Umständen nicht leicht bringen wird und in der Stellung als Geselle seinen Lebensberuf findet, tritt aus der Gewalt. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 51 S. 340, R. G. Bd. 6 S. 266.

9) Vgl. Entsch. des R. O. H. G. Bd. 3 S. 354, Bd. 4 S. 388, Bd. 13 S. 178. Anders im Falle Striethorst Archiv Bd. 29 S. 206.

10) Striethorst Archiv Bd. 23 S. 37.

11) Striethorst Archiv Bd. 21 S. 268.

12) Striethorst Archiv Bd. 29 S. 209. Auch bloße Titel genügen nicht, z. B. als Universitätsprofessor, wenn er nicht als Lehrer angestellt ist.

13) Entsch. d. O. Trib. Bd. 46 S. 243, Striethorst Archiv Bd. 43 S. 155. Eccius Bd. 4 § 224 Anm. 15 betrachtet dies, wenigstens bezüglich der Gerichtsassessoren als bedenklich. Regierungsassessoren sind aber nicht besser daran.

14) Dies bestimmt Anhang § 90 zu L. R. II, 2 § 212ᵇ. Der Anhangsparagraph ist dem Publikandum vom 14. März 1797, betr. die Einführung des allgemeinen Landrechts — Rabe Bd. 4 S. 44 — entnommen. Die Jurisprudenz des O. Trib. — Striethorst Archiv Bd. 98 S. 186 — wie auch des R. O. H. G. — vgl. namentlich Bd. 24 S. 136 — bezog die Bestimmung auch auf den § 210, nahm also auch dann keine Entlassung aus der Gewalt an, wenn der Subalternofficier selbständiges Einkommen z. B. aus dem Eingebrachten seiner Frau hat. So auch unsere früheren Auflagen. Das R. G. Bd. 23 S. 296 hat sich aber aus guten Gründen dafür erklärt, daß es genüge, wenn der Officier ein selbständiges Einkommen habe, welches mindestens den Gehalt eines Hauptmanns erreiche.

2. Der minderjährige Sohn kann nur mit Zustimmung des Vaters aus der Gewalt entlassen werden. Und zwar in folgender Weise:

a) Der Vater sucht mit Einwilligung des Hauskindes nach Vollendung des 18. Jahres desselben, dessen Großjährigkeitserklärung beim Vormundschaftsgerichte nach. Das Hauskind geht dann, falls dem Antrag gewillfahrt wird, aus der väterlichen Gewalt heraus, wenn es eine abgesonderte Wirthschaft errichtet.[15]

b) Der Vater kann den minderjährigen Sohn mit dessen Beistimmung der Gewalt durch einen beim Vormundschaftsgericht verlautbarten Akt entlassen, falls der Sohn das 20. Jahr vollendet hat.[16] Dies hat nicht mehr wie nach Landrecht zugleich die Kraft einer Großjährigkeitserklärung.[17]

c) Es hat auch die Wirkung einer gerichtlichen Entlassung, wenn der Vater ausdrücklich oder stillschweigend, z. B. selbst durch wissentliches Geschehenlassen, einwilligt, daß der mindestens zwanzigjährige Sohn ein besonderes Gewerbe für eigene Rechnung anfängt. Die Uebernahme eines Amtes oder die Einrichtung einer besonderen Wirthschaft[18] oder der Eintritt in ein Dienstverhältniß mit Zustimmung des Vaters hat die gleiche Folge nicht.

Der aus der Gewalt entlassene Sohn tritt, sofern er nicht großjährig oder für großjährig erklärt ist, in die gesetzliche Vormundschaft seines Vaters.[19] Er wird, wenn er ein Erwerbsgeschäft mit Zustimmung des Vaters betreibt, zu Geschäften befähigt, welche der Betrieb eines solchen Geschäfts mit sich führt. Im Uebrigen bedarf er der Genehmigung des Vaters als Vormundes. Zu sämmtlichen von ihm oder dem Vater abgeschlossenen Geschäften, welche der Vormund nach der Vormundschaftsordnung nur unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts vornehmen kann, ist die Genehmigung dieses Gerichts erfordert.[20] [21]

3. Die Entlassung des Sohnes nach den bisher dargestellten Normen tritt auch dann ein, wenn er thatsächlich fortfährt, mit dem Vater zusammenzuleben,

---

15) Vormundschaftsordnung § 61 Abs. 2. Dann ist der Sohn nicht mehr „minderjährig" und deshalb L. R. II, 2 § 214 unanwendbar. Anders Rehbein und Reincke zum § 214.

16) L. R. II, 2 § 214 ff. Dem Sohne ist zu seiner Legitimation Ausfertigung der gerichtlichen Erklärung des Vaters zu ertheilen. § 217 das. Aber seine Entlassung ist hiervon richtiger Ansicht nach nicht abhängig.

17) Die Vormundschaftsordnung kennt diese Weise der Großjährigkeitserklärung nicht. Dernburg Vormundschaftsrecht § 45.

18) L. R. II, § 218 ff.

19) Vormundschaftsordnung § 12.

20) Gesetz vom 12. Juli 1875 betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger § 5. Dernburg Vormundschaftsrecht § 44.

21) Die Bestimmungen von L. R. II, 2 §§ 226. 227 sind durch die Vormundschaftsordnung und das Gesetz über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger antiquirt.

wie auch dann, wenn der Vater ihm die Mittel zu seiner selbständigen Existenz zum größern Theil oder auch ganz gewährt.[22]

4. Die Tochter tritt mit ihrer Verheirathung aus der Gewalt ihres Vaters.[23] Die Gewalt lebt nicht wieder auf, wenn die Ehe später getrennt, wohl aber, wenn dieselbe für ungültig oder nichtig erklärt wird.[24] Die minderjährige Tochter tritt aber in die gesetzliche Vormundschaft ihres Vaters, wenn dessen Gewalt erlischt.

Von der Verheirathung abgesehen kann nur die großjährige oder für großjährig erklärte Tochter und zwar nur durch ausdrückliche Erklärung des Vaters der Gewalt entlassen werden.[25]

5. Verheirathung des Sohnes hebt nach preußischem Recht die väterliche Gewalt über ihn nicht auf, gemeinrechtlich ist die Frage bestritten.[26] Auch das ist gemeinrechtlich bestritten, ob Töchter durch Anlegung eines eigenen Haushalts, wie Söhne, aus der Gewalt treten, was als eine den heutigen Lebensverhältnissen entsprechende Fortbildung des Rechts in Ländern des gemeinen Rechts vielfach Anerkennung fand. Das preußische Recht kennt eine derartige Emancipation nicht.[27]

---

22) L. R. II, 2 § 212ᵇ.

23) L. R. II, 2 § 228 spricht aus: wenn eine Tochter unter ertheilter oder von dem Richter ergänzter Einwilligung des Vaters heirathet, so hört die väterliche Gewalt über sie auf. Es fragt sich, ob, wie der Wortlaut anzuzeigen scheint, hiernach das Aufhören der Gewalt an die ertheilte oder ergänzte Einwilligung des Vaters geknüpft ist, was das O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 15 S. 280 ff. annimmt, oder ob nur exemplifikativ ausgesprochen werden sollte, daß die rechtsgültige Verheirathung die Gewalt endigt. Bedenkt man, daß gemeinrechtlich die gültige Verheirathung der Tochter als Endigung der väterlichen Gewalt galt, vgl. Kraut Vormundschaft Bd. 2 S. 660, daß eine Abweichung des Landrechts vom bestehenden Recht nicht zu unterstellen ist, daß das Landrecht es liebt, seine Rechtssätze konkret und nicht abstrakt aufzustellen, so wird man sich für die Beendigung der Gewalt durch jede gültige Verheirathung entscheiden müssen. Dies also namentlich auch dann, wenn sich die Tochter ohne die gesetzlich erforderliche Zustimmung des Vaters verheirathet, dieser aber die Ehe nicht anficht. Hierfür Koch zu L. R. II, 2 § 228, dagegen Eccius Bd. 4 § 224 Anm. 22. In Folge der neueren Gesetzgebung hat die Frage an Wichtigkeit gewonnen. Denn es bedarf nunmehr der Einwilligung des Vaters zur Verheirathung der Tochter, die das 24. Jahr vollendet hat, nicht mehr, Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 29. Man wird aber nicht umhin können, anzuerkennen, daß die väterliche Gewalt über solche Töchter nicht fortdauert, wenn sie sich nach erreichter Ehe-selbständigkeit ohne Zustimmung des Vaters verheirathet haben. Dies giebt Eccius a. a. O. zu.

24) A. Ansicht Eccius Bd. 4 § 224 Anm. 22. Manche ältere Schriftsteller nahmen an, daß die väterliche Gewalt während der Dauer der Ehe der Tochter nur ruhe; doch war die herrschende Meinung die entgegengesetzte. Kraut Vormundschaftsrecht Bd. 2 S. 660 Anm. 31 ff.

25) L. R. II, 2 § 230. R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 433. Gerichtlichkeit wird hier nicht verlangt.

26) Für die Aufhebung Kraut Bd. 2 S. 663, Zimmermann im civ. Archiv Bd. 50 S. 182 ff.

27) Vgl. Johow Jahrb. d. App. Ger. Bd. 7 S. 22, Stölzel Separatabdruck a. a. O. S. 19.

§ 49. Außerordentliche Beendigung, Ruhen und Beschränkung der Gewalt.

1. Außerordentlicher Weise wird die väterliche Gewalt beendet

a) wenn der Vater zu Zuchthausstrafe[1] oder zu zehnjährigem Gefängniß[2] rechtskräftig verurtheilt ist.[3] Da dies seinen Grund darin hat, daß sich der Vater als vertrauensunwürdig und ungeeignet zur Erziehung seiner Kinder zeigt, so kommt ihm die Gewalt auch über seine nach seiner Verurtheilung geborenen Kinder nicht zu.[4] Begnadigung des Vaters stellt die verlorene Gewalt nicht wieder her, denn sie soll für Dritte, also hier für die Kinder, eingetretene rechtliche Veränderungen nicht beseitigen.[5] Dagegen erlangt der Begnadigte die Gewalt über seine nach seiner Begnadigung geborenen Kinder, wenn dieselbe nicht bloß Erlaß der Strafverbüßung gewährte.

b) Weiter ist unfähig zur Gewalt, wer durch amtsgerichtlichen Beschluß als Verschwender entmündigt ist, selbstverständlich unter der Voraussetzung, daß dieser Beschluß nicht in Folge der Anfechtung im Wege der Klage aufgehoben wird,[6] sowie

c) wer ungesetzlicher Weise, um sich seinen Unterthanenpflichten zu entziehen, aus dem deutschen Staatsgebiet entwichen ist.

In Folge dessen erlischt die bestehende Gewalt und wird über nachher Geborene nicht begründet, wenn deren Geburt in die Zeit der Entmündigung oder der ungesetzlichen Entfernung fällt.

d) Die Gewalt erlischt bezüglich der Kinder, welche der Vater vorsätzlich hülflos und ohne Aufsicht verlassen hat;[7]

e) sowie derer, welche er in Adoption giebt.

Ist die Gewalt einmal erloschen, so lebt sie nicht wieder auf, auch wenn der Grund ihres Verlustes in der Folge gehoben wird.

---

1) L. R. II, 2 § 255 ist durch das Reichsstrafgesetzbuch nicht aufgehoben, vgl. oben Bd. 1 § 47 Anm. 9.

2) Zehnjähriges Gefängniß ist noch möglich im Falle der §§ 74 u. 57 Ziff. 1 des deutschen Strafgesetzbuchs. Festungsstrafe — St. G. B. § 17, 57 Ziff. 2, 74 — ist dem Gefängniß nicht gleichzustellen.

3) Die — zahlreichen — Streitfragen über die Bestimmung des angef. § 255 erörtert die Anmerkung im Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 9 S. 54.

4) Johow Jahrbuch d. App. Ger. Bd. 6 S. 31.

5) Johow a. a. O. Bd. 7 S. 92. Vgl. oben Bd. 1 § 47 Anm. 18.

6) L. R. II, 2 § 256. R. C. P. O. §§ 621, 624. Gemeinrechtlich ist die Entmündigung des Vaters wegen Verschwendung kein Grund des Verlustes der Gewalt.

7) L. R. II, 2 § 258. Der Verlust betrifft, richtiger Ansicht nach, nur die verlassenen Kinder, nicht deren Geschwister, daher bezieht sich die Bestimmung nicht auf später Geborene. — Entsprechende gemeinrechtliche Gründe sind Kindesaussetzung wie auch Nöthigung der Tochter zum Bordellerwerb. Sie fallen unter den angef. § 258.

2. Die väterliche Gewalt ruht,

a) wenn der Vater auf länger als 2 Jahre, aber weniger als 10 Jahre zu Gefängniß oder Festung verurtheilt wurde, während der Strafverbüßung;

b) wenn er in Geisteskrankheit verfällt, während der Krankheit, mag nun der Vater bereits entmündigt sein oder nicht.[8] In letzterem Falle ist jedoch ein Grad der Krankheit erfordert, welcher den Vater unfähig macht, seine väterlichen Pflichten zu erfüllen.

Ruhen der väterlichen Gewalt tritt nur bezüglich minderjähriger Kinder ein. Es ist ihnen für die Zeit des Ruhens ein Vormund zu bestellen; die Einkünfte ihres Vermögens sind, soweit nöthig, zu ihrer Verpflegung und Erziehung und zur Unterstützung des Vaters zu verwenden.

Bezüglich großjähriger Kinder verwandelt sich das Ruhen der Gewalt in Erlöschen.[9]

3. Die väterliche Gewalt wird eingeschränkt

a) durch Entziehung der Erziehung, wenn der Vater dieselbe vernachlässigt, die Kinder grausam mißhandelt,[10] sie zum Bösen anleitet[11] oder ihnen — böswillig — den nothdürftigen Unterhalt versagt;[12]

b) durch Verlust der Verwaltung des Kindesvermögens, wenn der Vater die gesetzlich erforderte Sicherheit nicht bestellen kann oder will, durch Verlust der Verwaltung und des Nießbrauchs, wenn er in Konkurs verfällt oder sonst die Kinder standesmäßig zu erhalten und zu erziehen unvermögend wird.[13] Auch dann verliert der Vater die Verwaltung des Vermögens seiner

---

8) L. R. II, 2 §§ 260. 261. Jahrbuch des Kammergerichts Bd. 2 S. 42. Manche nehmen auch im gemeinen Recht ein Ruhen der väterlichen Gewalt wegen Geisteskrankheit an. Das Gegentheil geht für das römische Recht aus l. 8 D. de his qui sui 1, 6 hervor.

9) L. R. II, 2 § 265 ergänzt §§ 260, 261.

10) L. R. II, 2 §§ 266, 90 ff. Grausame Mißhandlung ist nicht entschuldigt, wenn sie angeblich zu Zwecken der Erziehung geschah. Sie rechtfertigt die Einschränkung der väterlichen Gewalt auch, wenn sie der Gesundheit noch nicht schädlich war. Jahrbuch des Kammergerichts Bd. 1 S. 56.

11) Vgl. unten § 51 a. E.

12) L. R. II, 2 §§ 90. 91. Das Vormundschaftsgericht kann einen Pfleger ernennen und nach dessen Anträgen den Vater, welcher vorher zu hören ist, zur Leistung von Alimenten anhalten. Dieselbe kann durch einstweilige gerichtliche Verfügung erzwungen werden A. G. O. I, 14 § 6 Ziff. 1, vgl. R. C. P. O. § 648 Ziff. 6. Wenn auch die Voraussetzung solchen Einschreitens Nichtleistung der nothdürftigen Alimente ist, so ist der Vater doch vom Vormundschaftsgericht nach L. R. II, 2 § 64, vgl. § 252 ff. zur Leistung standesgemäßen, anständigen Unterhalts anzuhalten und zwar bis auf Weiteres — d. h. für die Zeit des Bedürfnisses — also nicht etwa bloß bis zur Großjährigkeit des Kindes. Der Prozeß bleibt beiden Theilen vorbehalten, vgl. Jahrb. des Kammergerichts Bd. 1 S. 53, Bd. 3 S. 63, Bd. 4 S. 109, 112.

13) L. R. II, 2 §§ 267 und 268.

Kinder und wird im Nießbrauch beschränkt, wenn er zur weiteren Ehe schreitet, ohne sich mit denselben auseinandergesetzt zu haben.[14]

Im Fall der Beschränkung der Gewalt ist dem minderjährigen Kind nach Bedürfniß ein Pfleger zu bestellen.[15]

§ 50. Rechte bezüglich der Person des Kindes.

Nach heutigem Recht knüpfen sich die persönlichen Rechtsbeziehungen zwischen Eltern und Kindern grundsätzlich an das elterliche Verhältniß an. Die väterliche Gewalt bildet demnach nur eine Steigerung des Elternrechts des Vaters.

1. Das eheliche Kind überkommt den Namen des Vaters,[1] es theilt dessen Staatsangehörigkeit, dessen Stand, soweit derselbe nicht einen höchstpersönlichen Charakter hat,[2] es hat dessen Wohnsitz.[3] Dies Alles auch, wenn der Vater die Gewalt nicht hat, z. B. weil er entmündigter Verschwender oder aus dem Staatsgebiet entwichen ist.[4] Auch das Recht des Ehekonsenses steht dem Vater ohne Rücksicht auf seine Gewalt zu.[5] Die gegenseitige Unterstützungspflicht ist von derselben gleichfalls unabhängig. Unmündige Kinder sind in der Religion des Vaters zu erziehen, soweit er nichts anderes bestimmt, auch wenn er nicht Gewalthaber ist.

2. Die väterliche Gewalt steigert jedoch die Rechte des Vaters. Der Gewalthaber hat vorzugsweise das Erziehungsrecht, von welchem unten besonders gehandelt werden soll. Er vertritt das Kind, so lange es minderjährig ist, in Art eines Vormunds. Er ist befugt, dessen Aufenthalt zu bestimmen, selbst wenn es großjährig und nicht mehr erziehungsbedürftig

---

14) L. R. II, 1 §§ 1001. 1002; oben § 16 Ziff. 4.

15) Vgl. oben Anm. 12.

1) L. R. II, 2 § 58.

2) Nach L. R. II, 2 § 59 erlangen die Kinder Rechte des Standes des Vaters sofern dieselben „durch die bloße Geburt fortgepflanzt werden". Eheliche Kinder haben indessen nicht bloß den Geburtsstand des Vaters, ihre Stellung bestimmt sich auch in anderer Hinsicht nach seinem Stande, z. B. bezüglich der Frage, ob sie Schmerzensgelder fordern können, L. R. I, 6 § 112. Vgl. freilich Striethorst Archiv Bd. 43 S. 349.

3) R. C. P. O. § 17 Abs. 2. A. G. O. I, 2 § 17 ff. L. R. II, 2 § 60, vgl. Gruchot Bd. 21 S. 290 ff.

4) Das Landrecht unterscheidet nicht scharf zwischen Rechtsverhältnissen des Kindes, welche sich an die eheliche Erzeugung durch den Vater knüpfen, und solchen, die Ausfluß des Gewaltverhältnisses sind. Man muß daher auf die Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse zurückgehen. Nicht zweifelhaft ist unter Anderem, daß auch nach dem Tode des Vaters geborene Kinder dessen Namen, Staatsangehörigkeit und Stand theilen, obgleich sie in seiner Gewalt nie waren. Eher könnte die Frage des Wohnsitzes zweifelhaft sein; doch sprechen gute Gründe und der Wortlaut der gesetzlichen Bestimmungen dafür, auch in dieser Hinsicht vom Gewaltverhältniß abzusehen.

5) Vgl. oben § 14 im Text nach Anm. 11.

ist. Daher hat er ein Klagrecht gegen Dritte, welche ihm das Kind vorenthalten; der Beklagte kann aber aus dem Interesse des Kindes Einwendungen erheben.[6] Auch das Recht der Mutter steigert sich, wenn sie das ausschließliche Erziehungsrecht hat. Es steht dann auch ihr ein Klagrecht gegen Dritte zu, welche sie in der Ausübung dieses Rechts hindern.[7]

3. So lange das Kind in väterlicher Gewalt steht, ist es schuldig, dem Vater in dessen Wirthschaft und Gewerbe hülfreiche Hand zu leisten.[8] Was es hierbei verdient, erwirbt es dem Vater, und wenn die Eltern in Gütergemeinschaft leben, diesen.[9] Auch nach aufgehobener Gewalt dauert die Verpflichtung fort, falls das Kind von dem Vater ernährt werden muß.[10] Entsprechendes gilt, wenn das Kind von der Mutter erzogen und ernährt wird. Ist aber das Kind nach vollendeter Erziehung im Stande, sich selbst zu ernähren, so kann es wegen fortgesetzter Dienstleistungen, für welche Vergütung geleistet zu werden pflegt, Lohnforderungen gegenüber der Mutter geltend machen.[11]

---

6) Vorbildlich sind die römischen interdicta de liberis exhibendis et ducendis. Schon diesen gegenüber wurden ex justissima causa Einreden gewährt, l. 1 §§ 2. 5, l. 3 § 5 D. de lib. exhib. 43, 30. Nach Striethorst Archiv Bd. 88 S. 132 wurde die Klage des Vaters abgewiesen in einem Falle, in welchem die großjährige Tochter, die von dem Vater mißhandelt worden war, weil sie ein ihm mißfälliges Verlöbniß abgeschlossen hatte, sich bei ihrer Mutter Schwester gegen den Willen des Vaters aufhielt. — Kann der Dritte eine Einrede darauf gründen, daß ihm der Vater die Erziehung des Kindes vertragsmäßig bis zu einer bestimmten Zeit überlassen hat und daß hierdurch das Beste des Kindes gefördert werde? Das R. G. hat — Fenner und Mecke Bd. 3 S. 457 — die Einrede in einer gemeinrechtlichen Sache verworfen, weil das Erziehungsrecht der Eltern eine sittliche Pflicht in sich schließe, über deren Ausübung nicht in rechtlich bindender Weise paktirt werde, und weil der Beklagte aus dem Interesse des Kindes keine Einrede herleiten könne. Diese Trennung der Gesichtspunkte ist bedenklich. Die Ausübung des Erziehungsrechts durch die Eltern selbst kann nicht als sittliche Pflicht dem Vertrag entgegengestellt werden, wenn sie dem Kinde schädlich ist. Die gemeinrechtliche Theorie und Praxis ist freilich auf Seite des Reichsgerichts, vgl. Burchardi Archiv f. c. Pr. Bd. 8 S. 184, Roth deutsches P. R. § 158 Anm. 11.

7) Schon das römische Recht gab der Mutter ein Klagrecht nach Analogie des dem Vater gewährten Interdikts, l. 3 C. de lib. exhib. 8, 8.

8) L. R. II, 2 § 121, vgl. § 254. Das Gesetz spricht die Verpflichtung des Kindes schlechthin aus, unterstellt aber, daß sie ihr Aequivalent in dem dem Hauskind gewährten Unterhalt findet, Striethorst Archiv Bd. 60 S. 248. Vergütung kann daher nur auf Grund einer — ausdrücklichen oder stillschweigenden — Zusage oder dann, wenn das Kind vom Vater den Unterhalt nicht erhält, beansprucht werden. Dies ist auch gemeinrechtlich als das Richtige anzusehen, vgl. R. G. Bd. 4 S. 121, Windscheid Pand. Bd. 2 Bd. 2 § 516 Anm. 12 läßt auch Ersatz des Werths der Arbeit des Kindes nach dem Gesichtspunkt der negotiorum gestio zu. Dies ist unklar.

9) L. R. II, 2 § 123.

10) L. R. II, 2 § 254.

11) Striethorst Archiv Bd. 93 S. 183 sollte hiermit wohl nicht in Widerspruch stehen. L. R. I, 11 § 1042, wo von eigentlichen Schenkungen die Rede ist, wird kaum anwendbar sein, vielmehr ist thatsächlich zu untersuchen, ob die Absicht der Liberalität oder die, gegen Vergütung zu arbeiten, die bestimmende war, vgl. oben Bd. 2 § 191.

4. Großjährigkeitserklärung eines in väterlicher Gewalt stehenden Kindes bedarf der Zustimmung des Vaters. Anhörung von Verwandten oder Verschwägerten des Minderjährigen, wie sie sonst nothwendig ist, wird dann nicht erfordert.[12]

5. Der Vater, welcher zur Zeit seines Todes die väterliche Gewalt über sein Kind hat oder haben würde, wenn es bereits geboren wäre, ferner auch der Vater, welcher bis zum Tode die Vormundschaft über sein Kind führt, hat ein Recht zur Berufung des Vormundes desselben. Die Mutter hat dieses Recht dann, wenn sie die Vormundschaft über ihr Kind bis zu ihrem Tode führt.[13]

§ 51. Das Erziehungsrecht der Eltern.[1]

1. Natur und bürgerliche Gesellschaft weisen den Eltern die Erziehung ihrer Kinder zu. In erster Linie hat der eheliche Vater das Erziehungsrecht in Folge seiner väterlichen Gewalt.[2] Ihm gegenüber tritt der Staat nur bei besonderer Veranlassung und in Ausnahmefällen ein. Doch unterliegt der Vater den allgemeinen Vorschriften über den Schulzwang,[3] über die Beschäftigung jugendlicher Arbeiter in Fabriken und anderen im Interesse der Kinder oder der Allgemeinheit getroffenen Bestimmungen des öffentlichen Rechts. Neben dem Vater hat die Mutter einen natürlichen Anspruch auf die Erziehung ihrer Kinder, aber der Vater kann ihre Einwirkung beschränken, ja ihr die Kinder entziehen. Nur Kinder unter 4 Jahren darf er der Aufsicht und Pflege der Mutter ohne deren Zustimmung nicht entnehmen, so lange es ihr nicht an Kräften und an dem Willen fehlt, ihre Obliegenheiten zu erfüllen. In Streitfällen entscheidet hierüber lediglich das Vormundschaftsgericht.[4]

2. Geht der Vater der Gewalt verlustig, so verliert er das Erziehungsrecht, ruht die Gewalt, so ruht dasselbe gleichfalls.

3. Wird die Ehe durch Scheidung gelöst, so verlieren die regelmäßigen Normen ihre Kraft.[5] Das Vormundschaftsgericht hat nunmehr je nach der Sachlage über die Erziehung zu befinden. Rechtliches Gehör ist vor dem

---

12) V. O. § 97, vgl. auch oben § 48 bei Anm. 15.

13) V. O. § 17, unten § 81.

1) Burchardi gemeinrechtliches Erziehungsrecht, Archiv für civ. Praxis Bd. 8 S. 161 ff.

2) L. R. II, 2 § 74, vgl. oben § 50 Anm. 4.

3) Den Eltern ist es gestattet, den Unterricht ihrer Kinder im Hause besorgen zu lassen, L. R. II, 12 §§ 7, 8. — Siehe ferner Kam. Ger. Bd. 6 S. 291.

4) L. R. II, 2 § 70 ff., vgl. l. 9 C. de patria potestate 8, 47; vgl. unten § 72 Anm. 5 über Kinder der für ungültig oder nichtig erklärten Ehen und § 71 über uneheliche Kinder.

5) L. R. II, 2 § 92 ff. Während des Scheidungsprozesses können vom Prozeßrichter über den Aufenthalt der Kinder und deren Erziehung einstweilige Verfügungen

Beschluß hierüber nach allgemeinen Grundsätzen beiden Eltern zu verstatten, da es sich nicht bloß um das Wohl des Kindes, sondern auch um die Rechte der Eltern handelt.[6] In erster Linie sind etwaige **Vereinbarungen** der Eltern zu beachten, ferner hat der **unschuldige Theil** einen vorzüglichen Anspruch auf die Erziehung der Kinder. Doch sind im Interesse des Kindes noch andere Gesichtspunkte zu beachten. Soweit dies Interesse hierfür spricht, sind, wenn nicht gegründete Besorgniß einer schlechten Erziehung besteht, die Söhne dem Vater — selbst dem schuldigen zu belassen.[7] Die Töchter sind gewöhnlich der Mutter zu überweisen, auch wenn kein Theil der schuldige war.[8]

getroffen werden, vgl. L. R. II, 1 § 729. A. G. O. I, 40 § 53. Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 1162. Nach Anhang § 294 zu A. G. O. I, 40 § 56 behalten sie nur bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Prozesses Kraft. Striethorst Archiv Bd. 22 S. 276, Jahrb. des Kammerger. Bd. 2 S. 63.

6) Große Unklarheit besteht über die Frage, wer über den „Erziehungsstreit" zu erkennen hat. Bei diesem Streit handelt es sich einerseits um ein Privatrecht der Eltern und zwar um eines der allerwichtigsten, vgl. Kam. Ger. Bd. 12 S. 66, und andererseits um das Interesse des Kindes und um das öffentliche Interesse bei dessen guter Erziehung. Das letztere hat zweifelsohne ausschließlich das Vormundschaftsgericht zu wahren. Hat dieses Gericht aber auch über die privatrechtliche Frage zu befinden, wem von den Eltern das Erziehungrecht gebühre, ausschließlich zu urtheilen? Es war dies die Auffassung der älteren preußischen Praxis Präj. des O. Trib. 404, Striethorst Archiv Bd. 26 S. 343, Entsch. des O. Trib. Bd. 37 S. 233. Offenbar lag hierin das Zweckmäßige. Die Fragen lassen sich nicht ohne Nachtheil und Verwirrung theilen. Dabei muß aber vorausgesetzt werden, daß ein geordnetes Verfahren vor dem Vormundschaftsgericht stattfindet, und daß namentlich Jedem der betheiligten Eltern vor einer Entscheidung, welche seinen Ansprüchen entgegensteht, rechtliches Gehör verstattet wird. Es muß aber die gefällte Entscheidung auch vollstreckbar sein. Einen ganz entgegengesetzten Standpunkt hat Berndt bei Gruchot Bd. 38 S. 598. Er behauptet, daß über Erziehungsstreitigkeiten, soweit sie Privatrechtsstreitigkeiten bilden, gemäß § 13 des Gerichtsverfassungsgesetzes nur das ordentliche Gericht zuständig sei, da das Vormundschaftsgericht nicht zu den Verwaltungsbehörden gehöre, welche reichsgesetzlich zugelassen seien. Indessen besteht kein zureichender Grund dafür, daß das Vormundschaftsgericht keine „Verwaltungsbehörde" im Sinne des G. V. G. sei. Das R. G. hat, wie Berndt S. 604 anführt, das Gegentheil erkannt. Die von Berndt befürwortete Trennung wäre durchaus nicht zweckmäßig. — Die zeitige Praxis ist keine einheitliche. Man nimmt an, daß über den „Erziehungsstreit" außer dem Vormundschaftsrichter der Prozeßrichter entscheiden könne, wofür man sich auf § 51 A. G. O. I, 40 beruft. Nach R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 465 soll auf Grund eines von den geschiedenen Eheleuten über die Erziehung ihrer Kinder geschlossenen Vertrags Klage beim Prozeßrichter auf Herausgabe derselben zulässig sein, so daß unvorgreiflich der Rechte der Kinder und des Vormundschaftsgerichts erkannt werde. Nach R. G. Bd. 23 S. 387 soll der Rechtsweg, nachdem das Vormundschaftsgericht gesprochen hat, zulässig sein, um einen vollstreckbaren Spruch zu erhalten. Muß hierbei das Prozeßgericht schlechthin den Bescheid des Vormundschaftsgerichts zu Grunde legen? Das ist nicht anzunehmen, wenn das Vormundschaftsgericht seine Verfügung ohne rechtliches Gehör beider Eltern gefaßt hat, oder wenn neue Momente nach Fällung des Bescheides des Vormundschaftsgerichtes eingetreten sind, z. B. der Vater, welchem die Erziehung zuerkannt war, sich nachher eines groben Verbrechens schuldig gemacht hat. — Zu einer befriedigenden und einheitlichen Regelung des Verhältnisses ist es hiernach freilich nicht gekommen.

7) L. R. II, 2 § 93.

8) L. R. II, 2 § 96.

Jedenfalls sollen Kinder bis zum zurückgelegten 4. Jahre selbst bei ihrer schuldigen Mutter verbleiben, wenn nicht erhebliche Besorgnisse einer Vernachlässigung der Kinder begründet sind.[9] Sollten die Gründe der Scheidung die Besorgniß schlechter Erziehung durch beide Eltern rechtfertigen, so kann das Vormundschaftsgericht einen Pfleger bestellen, welcher für die Erziehung der Kinder Sorge zu tragen hat.[9a] Dem von der Erziehung ausgeschlossenen Elterntheil ist der Zutritt zu den Kindern nie gänzlich zu versagen; er kann auch nicht unbedingt darauf beschränkt werden, seine Kinder im Hause des anderen Theils zu besuchen. Ueber Art, Ort und Zeit der Zusammenkünfte entscheidet das Vormundschaftsgericht.[10] Die Kosten der Erziehung liegen auch nach der Scheidung vorzugsweise dem Vater ob. Die schuldige Mutter hat aber einen Beitrag zu diesen Kosten aus ihren Einkünften zu leisten.[11]

Auch im Falle bloß thatsächlicher Trennung der Eltern kann das Vormundschaftsgericht auf Antrag Anordnungen über die Erziehung der Kinder treffen.

4. Stirbt der Vater, verliert er die Gewalt oder ruht sie, oder wird ihm das Recht der Erziehung entzogen, so erhält die Mutter die Erziehung. Hat sie nicht selbst die Vormundschaft, so steht ihre Erziehungsgewalt unter der Aufsicht des Vormundes.[12] Uebergang zur zweiten Ehe nimmt ihr nicht das Erziehungsrecht, wie dies nach römischem Recht der Fall war.[13] Die Mutter hat auch über ihre unehelichen und Adoptivkinder das Erziehungsrecht.

Aus erheblichen Gründen kann das Vormundschaftsgericht der Mutter die Erziehung der Kinder entziehen; der Vormund, sowie der Waisenrath sind vorher zu hören.

---

9) L. R. II, 2 § 94. Die schuldige Mutter trägt die Kosten der Verpflegung der Kinder bis zum 4. Lebensjahre derselben, L. R. II, 2 § 105. Die Bestimmung ist auch dann anzuwenden, wenn das Kind von der Mutter thatsächlich getrennt, ja, wenn es ihr während des Scheidungsprozesses einstweilen genommen war. — Auf das Wort des § 94, die Pflege der Kinder verbleibt der Mutter, ist besonderes Gewicht nicht zu legen, denn das Gesetz unterstellt, daß Kinder bis zum 4. Jahre bei der Mutter sind und will, daß sie da seien, weil sie bei ihr am Besten aufgehoben sind. Daneben ist aber das Interesse des Kindes im Einzelfall stets im Auge zu behalten. Wenn das Kind bisher nicht bei der Mutter war, wenn nur noch kurze Zeit bis zur Vollendung seines 4. Jahres aussteht, so ist es nicht hin und herzuschieben. Es ist Selbstzweck und keine Puppe. Um deswillen war die Entscheidung des Kammergerichts Jahrb. Bd. 2 S. 62 im gegebenen Fall durchaus richtig. Möge nur die Formulirung des Rechtssatzes in der Ueberschrift nicht zum Dogma erstarren.

9a) L. R. II, 2 § 98. Mangels der Besorgniß schlechter Erziehung entscheiden die allgemeinen Grundsätze über die Kindererziehung, Kam. Ger. Bd. 10 S. 83.

10) L. R. II, 2 § 101 ff. Kammerger. Bd. 7 S. 97. Wenn über die Kraft und Bedeutung einer Uebereinkunft bezüglich der Besuche der Kinder gestritten wird, so kann hierüber der Prozeßrichter entscheiden.

11) L. R. II, 2 § 104 ff., vgl. oben Anm. 9.

12) L. R. II, 18 § 315, Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 28.

13) L. R. II, 18 § 317. Anders l. 1 C. ubi pupilli 5, 49.

Der Vater kann das Erziehungsrecht der Mutter durch letztwillige Verfügung nicht aufheben; das Gericht wird aber die Gründe des Vaters zu prüfen und nach Umständen zu beachten haben. Etwaige letztwillige Anordnungen des Vaters über die Weise der Erziehung seiner Kinder haben der Mutter und dem Vormunde, soweit thunlich, zur Richtschnur zu dienen.[14]

5. Zur Erziehung gehört auch die religiöse Unterweisung.[15] Hierüber bestimmt grundsätzlich, wer die Erziehung des Kindes leitet.[16] Für gemischte Ehen fand gemeinrechtlich der Grundsatz Annahme, daß die Kinder beiderlei Geschlechts, bis sie die Unterscheidungsjahre vollendet hätten, in der Religion des Vaters erzogen werden sollten.[17][18] In Preußen hat die Gesetzgebung geschwankt.[19] Nach Landrecht sollten in Uebereinstimmung mit manchen Partikularrechten des vorigen Jahrhunderts bei gemischten Ehen die Söhne in der Religion des Vaters, die Töchter in derjenigen der Mutter bis nach vollendetem 14. Jahre unterrichtet werden.[20] Da hierdurch aber die Spaltung der Religion und damit häufig Unfrieden in den Familien verewigt wurde, änderte dies die Deklaration vom 21. November 1803 wieder dahin, daß Kinder aus gemischten Ehen ohne Unterschied des Geschlechts in der Religion des Vaters erzogen werden sollten.

---

14) Wachler V. O. zu § 28 hält diese Bestimmung von L. R. II, 18 § 316 durch V. O. § 28 für aufgehoben. Unsres Erachtens ist dies nicht der Fall. Die V. O. wollte in § 28 das Erziehungsrecht der Mutter dem Vormund gegenüber gewährleisten, nicht aber dasselbe gegenüber dem Vater erweitern. Die Vorschriften des Vaters haben freilich nur soweit der Mutter gegenüber Kraft, als er für deren Verwirklichung Vorkehrung getroffen hat oder der Vormund für sie eintritt, von Amtswegen wird das Vormundschaftsgericht nicht für sie thätig werden.

15) Vorm. Ord. § 28. L. R. II, 2 §§ 74. 75.

16) Ueber die religiöse Erziehung unehelicher Kinder bestimmt deren Mutter. Ihre Bestimmung ist auch nach ihrem Tode maßgebend. Anderes will L. R. II, 2 § 642 nicht verfügen, vgl. übrigens Kam. Ger. Bd. 8 S. 50 und über den Fall eines Glaubenswechsels Bd. 10 S. 75 daselbst.

17) Dies nahm der Friedensexekutionskongreß zu Nürnberg im Jahre 1650 mit Einstimmung der katholischen und evangelischen Stände an. Glück Bd. 2 S. 225. Worin die Unterscheidungsjahre bestehen, wurde reichsgesetzlich nicht festgestellt und blieb gemeinrechtlich bestritten, vielfach nahm man aber an, daß unter den Evangelischen das vollendete 14. Jahr das entscheidende sei.

18) Kann der Vater für seine unmündigen Kinder die Erklärung des Austritts aus der Kirche mit rechtsverbindlicher Kraft abgeben? Nach dem Gesetz vom 14. Mai 1873 § 1 muß die Austrittserklärung in Person erfolgen, sie kann daher nicht von dem Vater und ebensowenig von den Unmündigen, so lange sie nicht zu den Unterscheidungsjahren gekommen sind, abgegeben werden. Johow Jahrb. d. App. Ger. Bd. 4 S. 34. Aber ein Zwang gegen den Vater, das Kind taufen zu lassen, — oder sonst einer bestimmten Religion zuzuwenden — ist nicht mehr zulässig, Gesetz vom 9. März 1874 § 56.

19) Vgl. Hübler über die religiöse Erziehung der Kinder in den Berliner Festgaben für Gneist S. 222, Hinrichs im Archiv für civ. Praxis Bd. 75 S. 100, Tophoff bei Gruchot Bd. 35 S. 377, Bröse ebendaselbst Bd. 37 S. 853.

20) L. R. II, 2 76 ff.

Dieselbe ist auch nach dessen Tode maßgebend.[21] Doch gilt dies nur für den Fall, daß der Vater keine entgegengesetzte Absicht durch Handlungen an den Tag legt. Dahin gehört namentlich, daß er sein Kind das ganze letzte Jahr vor seinem Tode in einem abweichenden Glaubensbekenntniß unterrichten ließ,[22] ebenso, daß er dasselbe einer ihm fremden Konfession durch die Taufe zuwendete.

Verträge der Ehegatten, welche die religiöse Erziehung der Kinder von den gesetzlichen Regeln abweichend regeln, sind nicht rechtsverbindlich.[23]

Nach zurückgelegtem 14. Lebensjahre können die Kinder ihr religiöses Bekenntniß selbst bestimmen.[24]

6. Auch über die Wahl des Lebensberufs des Kindes hat der Erzieher, also in erster Reihe der Vater zu entscheiden.[25] Doch soll das über 14 Jahre alte Kind bei gänzlicher fortdauernder Abneigung gegen den vom Vater gewählten Beruf eine anderweite Bestimmung durch das Vormundschaftsgericht veranlassen können, eine Vorschrift, welche dem Gericht eine kaum durchführbare Aufgabe stellt.[26] In Ermangelung eines Vaters bestimmen Mutter und Vormund den Lebensberuf des Kindes. Die Stimme des Vormundes hat dadurch ein erhebliches Gewicht, daß er die Mittel aus dem Kindesvermögen bewilligt; doch kann die Mutter bei unzweckmäßigen Maßnahmen des Vormundes das Vormundschaftsgericht angehen und Abhülfe durch dasselbe erlangen. Selbstverständlich hat das Kind gegenüber dem Vormund dieselben Rechte bezüglich der Berufswahl, die ihm gegen den Vater zustehen.

21) Vgl. L. R. II, 2 § 80 ff., II. 18 § 323, vgl. Bröse a. a. O. S. 868. Auf eine in der letzten Krankheit des Vaters erfolgte Religionsänderung soll keine Rücksicht genommen werden nach L. R. II, 2 § 81. Betreffend Adoptivkinder Bröse a. a. O. S. 870.

22) L. R. II, 2 § 82. Streitig ist geworden, ob § 82 als Ausnahmevorschrift zu behandeln ist, wie namentlich Hübler a. a. O. hat und das Kam. Ger. Bd. 9 S. 44. 48 und Bd. 10 S. 79 ihm folgend annimmt, oder ob auch der anderweit unzweideutig ausgedrückte Wille des Vaters maßgebend ist. Für das Letztere Hinrichs, Tophoff, Bröse a. a. O. Sie sprechen sich namentlich dagegen aus, daß der Vormund die beim Tode des Vaters noch nicht schulpflichtigen Kinder in dessen Konfession erziehen müsse, obgleich deren bereits schulpflichtigen Geschwister nach dem Willen beider Eltern durch den Religionsunterricht der Konfession der Mutter zugewendet wurden.

23) L. R. II, 2 § 77. Deklaration vom 21. November 1803. So lange die Eltern leben und einig sind, darf Niemand auf der gesetzlichen Regel bestehen, z. B. nicht Vormundschaftsgerichte oder Geistliche. L. R. II, 2 § 78.

24) L. R. II, 2 §§ 83. 84.

25) L. R. II, 2 § 109 ff. Der Sohn soll nach § 115 wider seinen Willen nicht zum Studiren angehalten, noch auch der Vater die Kosten zum Studium des Sohnes herzugeben genöthigt werden. Bezüglich der Mittel zum Dienst als Einjährig Freiwilliger vgl. Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 5 S. 78. Die angef. § 109 ff. sind entsprechend auf Töchter anzuwenden.

26) Erkennt freilich das Gericht eine Vernachlässigung der Erziehung in dem Nichteingehen auf die Wünsche des Kindes, so kann L. R. II, 2 § 266 angewendet, dem Vater die Erziehung entzogen und dieselbe einem Pfleger übertragen werden. Es sind dies extreme, nur in seltenen Fällen gerechtfertigte Maßnahmen.

7. Das Kind unterliegt in Folge der Erziehungsgewalt der Eltern auch deren Zucht.[27] Die Eltern sind befugt, die Kinder, wenn dies erforderlich wird, auf Grund des Beschlusses des Vormundschaftsgerichts in öffentlichen Besserungs- oder Erziehungsanstalten unterbringen zu lassen, falls dieselben zu diesem Zweck eröffnet sind.[28]

8. Haben Kinder nach Vollendung ihres 6. und vor vollendeten 12. Lebensjahres eine objektiv strafbare Handlung begangen, so sind sie auch gegen den Willen ihrer Eltern in einer Familie oder in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt zwangsweise unterzubringen, nachdem das Vormundschaftsgericht durch Beschluß die Unterbringung für erforderlich erklärt hat.[29]

9. Wegen grausamer Behandlung der Kinder, Verleitung oder Versuch der Verleitung zum Bösen, sowie böswilligeer Versagung des nöthigen Unterhalts kann das Vormundschaftsgericht einschreiten, den Kindern einen Pfleger bestellen und die Erziehung auf Kosten der Eltern durch ihn leiten lassen.[30]

§ 52. Handlungsfähigkeit der Hauskinder.[1]

Bei der Frage nach der Handlungsfähigkeit der Hauskinder sind minderjährige und großjährige Personen, die unter väterlicher Gewalt stehen, zu unterscheiden.

---

27) L. R. II, 2 § 86 ff. Vgl. R. G. in Strafsachen Bd. 15 S. 379.

28) Vgl. Dernburg Vorm. Recht § 63. Es bedarf zur Unterbringung in öffentliche Anstalten außer dem Beschluß des Vormundschaftsgerichts der Verfügung der Verwaltungsbehörden oder auch landesherrlicher Genehmigung. Dies bestimmte das Reskript vom 11. März 1806 n. c. c. XII, p. 73 n. 25, ferner das Reskript vom 21. Januar 1830, Kamptz Jahrb. Bd. 35 S. 126, wozu das Schreiben des Justizministers vom 11. Oktober 1822 an den Minister des Innern kommt, welches die Dauer der Detention zunächst auf längstens zwei Jahre feststellt. In der Praxis machte man hiernach die Ausführung der vom Vormundschafsgericht beschlossenen Einsperrung von königlicher Genehmigung abhängig. Stölzel im Justizministerialblatt von 1875 S. 22 ff., S. 26 ff. in seinem Aufsatz: Sind nach Preußischem Landrecht die Eltern befugt, zum Zweck der Besserung ihre Kinder gefänglich einsperren zu lassen? kommt zu dem Ergebniß, daß die angezogenen Reskripte darauf beruhen, die Einsperrung in öffentliche Gefängnisse sei eine vom Landrecht nicht ausdrücklich gestattete, also an sich unzulässige Ausdehnung des Züchtigungsrechts; sie bedürfe daher der königlichen Genehmigung. Dieselbe habe nach dem Verfassungsrecht des Jahres 1806 ein für den Fall erlassenes Specialgesetz gebildet, ein derartiges Gesetz könne aber die Krone nach Eintritt Preußens in die Reihe der Verfassungsstaaten nicht mehr erlassen. Es seien daher die bezüglichen Reskripte durch die Verfassung und die Gerichtsorganisation gegenstandslos geworden. Wenn sich auch diese Ausführung als bestreitbar darstellt, so ist doch anzunehmen, daß sich auf Grund derselben die dermalige Praxis gestaltet hat und daß daher eine bezügliche Einsperrung nicht leicht mehr vorkommt.

29) Gesetz betr. die Unterbringung verwahrloster Kinder vom 13. März 1878, dazu Ergänzungsgesetz vom 23. Juni 1884. Das Erstere wahrt im § 16 die fortdauernde Geltung älterer Bestimmungen über das Recht der zwangsweisen Unterbringung von Kindern, die sich einer strafbaren Handlung nicht schuldig machten. — Zuständig ist das Vormundschaftsgericht des Wohnortes des Vaters zur Zeit, in welchem das Vormundschaftsgericht einzuschreiten hat Kam. Ger. Bd. 9 S. 55; bezüglich vaterloser Kinder entscheidet entsprechend der Wohnort der Mutter. Auch nichtpreußische Kinder sind betroffen Kam. Ger. Bd. 11 S. 88.

30) L. R. II, 2 § 90 ff., vgl. oben § 49 Ziff. 3[a].

1. Minderjährige Hauskinder unterliegen denselben Beschränkungen der Handlungsfähigkeit wie minderjährige Bevormundete.[2] Der Vater hat die den Rechten des Vormundes entsprechende Stellung. Bis zum vollendeten 7. Lebensjahre fehlt dem Minderjährigen die Handlungsfähigkeit überhaupt,[3] später können minderjährige Hauskinder erwerben, nicht aber sich ohne Genehmigung des Vaters durch Rechtsgeschäfte verbinden oder Rechte aufgeben.[4] Ohne Genehmigung des Vaters geschlossene zweiseitige Geschäfte binden den andern Theil, bis sich der Vater über die Ertheilung derselben erklärt hat, oder die für die Erklärung ihm gesetzlich gegebene Frist von 2 Wochen nach ergangener Aufforderung verflossen ist.[5] Hat der Vater den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes genehmigt, so kann der Minderjährige die hierdurch bedingten Geschäfte gültig schließen; der Vater kann ferner den Minderjährigen ermächtigen in Dienst oder Arbeit zu treten, womit das Kind zum Abschluß sowie zur Aufhebung von Dienst- und Arbeitsverhältnissen der genehmigten Art befugt wird.[6]

Der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedarf es zu Rechtsgeschäften in den Fällen, in welchen der Vater selbst zu den entsprechenden Handlungen der Genehmigung des Gerichts bedürfen würde.[7] Dies gilt namentlich für die Veräußerung und Belastung von Immobilien.[8]

Minderjährige Hauskinder sind wie Minderjährige überhaupt in der Regel nicht prozeßfähig.[9] Sie werden durch ihren Vater vertreten.

Bezüglich ihres freien Vermögens haben minderjährige Hauskinder die Stellung von bevormundeten Minderjährigen. An des Vormundes Statt steht hier der Pfleger.[10]

---

1) L. R. II, 2 § 123 ff.

2) Vgl. Gesetz betreffend die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger vom 12. Juli 1875.

3) Angef. Gesetz § 1.

4) Angef. Gesetz § 2. Das Gesetz fordert für diese Genehmigung keine Form. R. G. Bd. 25 S. 286. Bei Striethorst Archiv Bd. 55 S. 294 wird die interessante Frage verhandelt, ob eine nach dem Tode des Hauskindes vom Vater noch ertheilte Genehmigung das Geschäft rechtsbeständig mache, und ohne besondere Begründung verneint. Es läßt sich für die Verneinung anführen, daß der Vater zur Zeit der Genehmigung die für dieselbe nöthige Eigenschaft bereits verloren hat.

5) Angef. Gesetz § 4. Oben Bd. 1 § 74 Ziff. 3, Dernburg Vormundschaftsrecht § 42.

6) Angef. Gesetz § 5 und 6.

7) Das Gesetz bestimmt dies im § 5 Abs. 2 für die Rechtsgeschäfte, welche innerhalb des Betriebs eines mit Genehmigung des Vaters selbständig betriebenen Erwerbsgeschäfts vorgenommen werden. Es muß das Gleiche entsprechend gelten auch bei anderen mit Genehmigung des Vaters vollzogenen Rechtsgeschäften des Kindes, da man den allgemeinen Grundsatz zur Anwendung bringen wollte, daß Vormund und Vater die Genehmigung zu Geschäften nicht selbständig ertheilen können in Fällen, in welchen sie der Genehmigung des Gerichts bedürfen, wenn sie selbst für das Kind handeln.

8) L. R. II, 2 § 171.

9) R. C. P. O. §§ 50. 51 Abs. 2. Prozeßfähig sind sie, soweit sie verpflichtungsfähig sind.

10) Vgl. unten § 54 Ziff. 3.

2. Großjährige Hauskinder können Rechte erwerben[11] und Maßregeln zur Erhaltung ihres Vermögens selbständig ergreifen.

Auch Verpflichtungsfähigkeit fehlt ihnen nicht schlechthin. Aber ihre Verpflichtungen sind, soweit ihr nicht freies Vermögen in Betracht kommt, an die Genehmigung des Vaters gebunden.[12] [13] Das preußische Recht geht also viel weiter als das römische Recht, welches nach dem S. C. Macedonianum zwar die Darlehensschulden des Hauskindes für unwirksam erklärte, dasselbe aber im Uebrigen, sofern es mündig war, als verpflichtungsfähig behandelte.[14]

Die Genehmigung des Vaters zu Handlungen großjähriger Hauskinder kann generell ertheilt werden.[15]

Das großjährige Hauskind kann richtiger Ansicht nach mit seinem Vater Verträge abschließen, ohne daß die Zuziehung eines Pflegers erforderlich ist.[16]

---

11) L. R. II, 2 § 124.

12) L. R. II, 2 §§ 125. 201. Bezüglich der Verfügungen über das freie Kindesvermögen vgl. unten bei Anm. 17.

13) Auch großjährige Hauskinder sind daher nicht selbständig wechselfähig. R. O. H. G. Bd. 7 S. 25.

14) l. 1 pr. D. de S. C. Macedoniano 14, 6. Die Verpflichtungsfähigkeit der Hauskinder ergiebt u. A. l. 7 pr. D. eod., noch entschiedener l. 39 D. de O. et A. 44, 7, l. 141 § 2 D. de V. O. 45, 1. Doch dehnten Aeltere das Senatuskonsult vielfach aus, vgl. Mueller promtuarium juris v. S. C. Macedonianum n. 1 und n. 6. v. Scholtz-Hermensdorff Bd. 2 S. 50 erkennt daher die Grundsätze des Landrechts auch als in der Mark geltend an und in gleichem Sinne hat der Plenarbeschluß des Obertrib. vom 15. März 1852, Entsch. Bd. 22 S. 171, entschieden. Erst die neuere gemeinrechtliche Theorie und Praxis erachtet einhellig großjährige Hauskinder von Darlehen abgesehen, als verpflichtungsfähig, Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 164 Anm. 33.

15) Eine ganz generelle Genehmigung des Vorstandes eines Minderjährigen zu dessen Handlungen ist unzulässig, weil ihm sonst thatsächlich die Stellung eines Großjährigen eingeräumt würde, oben Bd. 1 § 74 im Text nach Anm. 10. Bei einem großjährigen Hauskinde hat dieses Bedenken keine Bedeutung. — Was die Form der Genehmigung anlangt, so hat das Obertribunal mehrfach erkannt, daß die Einwilligung des Vaters derselben Form bedürfe, welche für den Vertrag vorgeschrieben sei. Striethorst Archiv Bd. 26 S. 296, Entsch. des O. Trib. Bd. 72 S. 243. Wer jedoch für die Genehmigung der Geschäfte minderjähriger Hauskinder keine Form verlangt, kann dieselbe folgerecht auch nicht für die Genehmigung der Geschäfte großjähriger Hauskinder fordern. So auch R. G. Bd. 25 S. 284.

16) Nach römischem Recht konnten zwischen Vater und Hauskind nur natürliche Verbindlichkeiten bestehen, klagbare Rechte wurden zwischen ihnen nicht anerkannt, l. 4, l. 11 D. de judiciis 5, 1. Eine Ausnahme erkannten die Römer nur an für das peculium castrense und quasi castrense, nicht aber für die Adventitien. Diese römischen Sätze sind jedoch in Deutschland richtiger Ansicht nach nicht recipirt, wenn auch die strengere romanistische Ansicht stets ihre Vertreter hatte. Nach preußischem Recht war es nicht unbestritten, ob großjährige Hauskinder, wenn sie über ihr nichtfreies Vermögen Geschäfte mit ihrem Gewalthaber abschließen, der Einwilligung eines Pflegers bedürfen? Die herrschende Meinung jedoch hat dies mit Recht verworfen. Denn die großjährigen Hauskinder sind an und für sich vertrags- und handlungsfähig. Die Einwilligung des Vaters zu den von ihnen geschlossenen Verträgen wird in seinem

Bezüglich ihres freien Vermögens sind Hauskinder zwar selbständig verpflichtungsfähig, jedoch nur soweit die Verpflichtung durch Hypothek oder Pfandbestellung auf dasselbe gelegt wird.[17]

Großjährige Hauskinder sind selbständig prozeßfähig.[18]

Die von dem Hauskinde nach vollendetem 7. Lebensjahre ohne Einwilligung des Vaters geschlossenen Geschäfte werden rückwärts hin gültig, wenn das Kind sie nach erlangter Selbständigkeit als rechtsbeständig anerkennt.[19] Das Anerkenntniß sollte jedoch, um zu verhindern daß es bereits während der Zeit der Gewalt abgegeben und nachdatirt wurde, nicht bloß ausdrücklich, sondern auch vor Gericht oder Notar abgegeben sein.[20] Diese Form ist nach jetzigem Recht nicht mehr wesentlich.[21]

Interesse zu Gunsten des ihm zustehenden Verwaltungs- und Nutzungsrechts erfordert. Das Bedenken, daß der Vater nicht als Kontrahent von der einen Seite und gleichzeitig als Inhaber der Gewalt über den andern Kontrahenten diesem die zur Rechtsgültigkeit des Vertrags erforderliche Einwilligung ertheilen könne, beseitigt sich durch die Erwägung, daß der Vater seine Einwilligung in seinem Namen aus eignem Recht und nicht Namens des Kindes ertheilt. So bei Johow App. Ger. Bd. 2 S. 114 ff. Simons Rechtsspr. Bd. 2 S. 257, R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 1113.

17) L. R. II, 2 §§ 165. 166. Es entsteht also eine klagbare persönliche Verpflichtung des Hauskindes nicht, sondern lediglich eine dingliche Verhaftung.

18) R. C. P. O. § 51 Abs. 2. Die A. G. O. I, 1 § 13 bestimmte, daß großjährige in der väterlichen Gewalt stehende Personen in Ansehung ihres nichtfreien Vermögens nur unter Beitritt ihres Vaters prozeßfähig seien. In Bezug auf ihr freies Vermögen waren dagegen die großjährigen Hauskinder Gewaltfreien gleichgestellt; dasselbe war auch bezüglich der nichtvermögensrechtlichen Klagen, insbesondere für Statusklagen anzunehmen. Die Praxis war geneigt, die Prozeßfähigkeit der großjährigen Hauskinder möglichst auszudehnen, Entsch. des O. Trib. Bd. 37 S. 348, Striethorst Archiv Bd. 52 S. 119, Bd. 58 S. 131. R. C. P. O. verordnet im § 51 Abs. 2, daß die Prozeßfähigkeit eines Großjährigen dadurch nicht beschränkt werde, daß er unter väterlicher Gewalt steht. Ein gegen das Kind ohne Theilnahme des Vaters angestellter Prozeß hat natürlich gegenüber diesem keine Rechtskraft und ist daher während der Dauer des Gewaltverhältnisses nicht in das nichtfreie Kindesvermögen vollstreckbar. Wohl aber ist das Urtheil in das jetzige oder künftige freie Vermögen des Kindes und nach Aufhebung der Gewalt unbeschränkt gegen das Kind vollstreckbar.

19) L. R. II, 2 § 136, Gesetz vom 12. Juli 1875 § 3. Erfordert ist nach preußischem Recht ein doppeltes, nämlich einmal Großjährigkeit und dann Beendigung der väterlichen Gewalt. In den gemeinrechtlichen Landen, in welchen das großjährige Hauskind verpflichtungsfähig ist, kann die Erreichung der Großjährigkeit genügen, R. G. Bd. 3 S. 332. Bezüglich des Ortsrechtes vgl. R. G. Bd. 29 S. 138. Ueber die Einwilligung des großjährigen Hauskindes in die vom Vater geschlossenen Geschäfte vgl. unten § 55 bei Anm. 16. — Ueber die Rückziehung vergl. R. G. im J. M. Bl. 1884 S. 274 und oben Bd. 2 § 59 Ziff. 1.

20) L. R. II, 2 § 137. Ueber die Gründe der Landrechtsbestimmung vgl. Bornemann Bd. 5 S. 288, gegen dieselbe hatte sich namentlich Suarez erklärt. Es ist nicht abzusehen, warum, wenn der Grund Bedeutung hatte, die gerichtliche oder notarielle Form nicht für alle Anerkenntnisse früher Handlungsunfähiger, also namentlich für früher Bevormundete gefordert wurde. Doch hat das O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 26 S. 205 den, allerdings gezwungenen Versuch, zurückgewiesen, die Bestimmung auf Kinder zu beschränken, die während der Minderjährigkeit der Gewalt entlassen waren. Soweit es sich um Handelsgeschäfte handelt, steht das Anerkenntniß jedenfalls unter dem formbefreienden Einfluß des Art. 317 des Handelsgesetzbuchs.

Es kann ferner das Hauskind nicht zurückfordern, was es nach erreichter Großjährigkeit auf Schulden, die es während seiner Unselbständigkeit machte, vor oder nach aufgehobener Gewalt bezahlt hat.[22] Dem Hausvater seinerseits steht, so lange die Gewalt dauert, die Rückforderung der vom Kinde verwendeten Bestandtheile des nichtfreien Vermögens zu.

§ 53. Vermögensrechtliche Wirkungen der Gewalt.

1. Nach älterem deutschen Recht hatte der Vater als Vormund seiner Kinder Verwaltung und Nutzungsrecht an deren Vermögen. Mit der Reception des römischen Rechts wurden diese Rechte in romanistischer Weise aufgefaßt und benannt. Doch war es trotz einer gewissen allgemeinen Aehnlichkeit nicht thunlich, das römisch-justinianische Recht, wie es sich auf Grund einer bewegten Entwicklung gebildet hatte, den deutschen Verhältnissen vollständig anzupassen.

Fremd blieb dem deutschen Recht namentlich das s. g. peculium profectitium,[1] welches sich auf Grund der ursprünglichen Vermögensunfähigkeit der römischen Hauskinder und deren lebenslänglicher Unselbständigkeit in Rom ausgebildet hatte, ein Sondervermögen, welches dem Vater zu Eigenthum verblieb, dem Kinde aber thatsächlich, der Regel nach zu freier Verwaltung, überlassen war; insbesondere wurde nicht recipirt die Pekulienklage, durch welche der Vater auf den Betrag des Pekuliums von den Gläubigern des

21) Das Gesetz vom 12. Juli 1875 § 3 bestimmt: Die wegen fehlender Genehmigung unwirksamen Geschäfte werden wirksam, wenn der Minderjährige nach erlangter Selbständigkeit sie anerkennt. Das Gesetz verlangt hiernach nur die Anerkennung, nicht aber eine bestimmte Form derselben; ebenso R. G. im J. M. Bl. 1884 S. 273. Auch die Motive zum Entwurf des Gesetzes lehnen die Beibehaltung von L. R. II. 2 § 137 ab. Es wurde hiernach bei der Berathung des Gesetzes allseitig angenommen, daß eine besondere Form für die fragliche Anerkennung nicht mehr bestehe. Man wird also jedenfalls L. R. II, 2 § 137 als beseitigt für die Anerkennung der von minderjährigen Hauskindern geschlossenen Geschäfte ansehen müssen. Natürlich ist aber, was für Verträge minderjähriger Hauskinder gilt, a fortiori auf solche großjähriger anzuwenden. Anders freilich Rehbein und Reincke zu § 137. Daß die Anerkennung auch sonst keiner Form, namentlich nicht der Schriftlichkeit bedürfe, scheint uns zwar aus der Fassung des § 3 des Gesetzes vom 12. Juli 1875, wie aus dessen Tendenz zu folgen, wird aber mit Rücksicht auf eine Aeußerung der Regierungsvertreter im Abgeordnetenhause, „es sei eine Beseitigung der bestehenden allgemeinen Formvorschriften für die Anerkennung nicht beabsichtigt," in Frage gestellt von Wachler Preuß. Vormundschaftsordnung zu § 3 des Gesetzes und anderen Kommentatoren der Vormundschaftsordnung. Unsere Auffassung theilt Turnau G. B. O. Bd. 2 § 78. Daß vom Grundbuchrichter das Anerkenntniß nur zu beachten ist, wenn es beglaubigte Form hat, ist selbstverständlich etwas Anderes.

22) L. R. II, 2 § 138. Darüber, daß sich die Bestimmung bloß auf Zahlung Großjähriger bezieht, Koch zum § 138. Die Bestimmung lehnte sich historisch an die l. 9 §§ 4. 5, l. 10 D. de S. C. Macedoniano 14, 6 an.

1) Vgl. hierüber Tit. Dig. de peculio 15, 1. Mandry Begriff des Pekuliums 1869.

Sohnes belangt werden konnte.[2] Hiervon ist auch nichts in das preußische Recht übergegangen.[3] Dagegen ließ sich das in der Verwaltung des Vaters stehende Kindesvermögen mit den s. g. bona adventitia regularia der Römer identificiren. Wenig begreiflich freilich mußte erscheinen, daß in dem Kindesvermögen, welches der väterlichen Verwaltung nicht unterlag, in Folge des geschichtlichen Ganges von den Römern unterschieden wurde das peculium castrense und quasi castrense, und die bona adventitia irregularia, so daß beide eine verschiedene juristische Behandlung erfuhren. Nahm auch das gemeine Recht diese Unterscheidungen als gegebene hin, so hat das preußische Recht rationeller Weise das System vereinfacht, indem es nur freies Kindesvermögen außer dem nichtfreien kennt.[4]

2. Auch in Bezug auf das nichtfreie Kindesvermögen besteht eine wesentliche Verschiedenheit der römischen und der heutigen, insbesondere der preußischen Auffassung. Nach römischem Recht hatte der Hausvater aus eigenem Recht die Verwaltung und den Nießbrauch der Adventitien seines Kindes, er vertrat dasselbe aber nicht, verpflichtete sich daher durch etwaige auf dieselben bezügliche Geschäfte nur für seine Person, ohne daß er die Macht hatte, das Kind persönlich zu obligiren. Der deutsche Vater dagegen hat eine vormundschaftliche Stellung behalten. Zweifelsohne ist er daher befugt, ihnen Vortheile zu erwerben. Er kann sie auch persönlich verpflichten, so lange sie minderjährig sind;[5] sind sie großjährig, so ist ihre Zustimmung erfordert.

---

2) Kraut Vormundschaft Bd. 2 S. 640 ff. hat sich namentlich gegen die Anwendbarkeit des röm. peculium profectitium erklärt. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 32. Doch wollen Neuere, z. B. Windscheid Bd. 2 § 484 Anm. 3 ff. und selbst Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 167 Anm. 11 ff. dasselbe nicht fallen lassen, obgleich sie zugestehen, daß das Pekulium eine unendlich geringere Bedeutung als in Rom habe, oder auch daß die betreffenden Sätze nicht in Uebung seien. Sieht man das römische Recht nur so weit für recipirt in Deutschland an, als es in der Praxis Boden gefunden hat, so ist die Frage erledigt.

3) Ausdrücklich wird die Pekulienklage abgelehnt durch die deutschem Rechtsbewußtsein entsprechende Bestimmung von L. R. II, 2 § 126: „Nur insofern, als Jemand überhaupt durch die Handlung eines Dritten vermöge seines Auftrags, seiner Genehmigung oder einer in seinen Nutzen erfolgten Verwendung verpflichtet wird, kann auch ein Vater durch die Handlungen seiner Kinder verpflichtet werden."

4) Suarez bemerkt in der Schlußrevision, v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 136: daß die mancherlei römischen Eintheilungen des peculii in Militare et Paganum, Castrense et Quasi-Castrense, Profectitium et Adventitium, welche heutzutage kaum einen doktrinellen Nutzen mehr haben, übergangen und dagegen die Sache durch die Distinktion zwischen freiem und nichtfreiem Vermögen simplificirt worden, wird wohl kaum der Vertheidigung bedürfen. Des Weiteren bemerkt er: Vorschriften, die gegen das gemeine Recht waren, habe ich nicht bemerken können. Man wird hiernach anzunehmen haben, daß die landrechtlichen — nachstehend und in den folgenden §§ 54 und 55 dargestellten — Sätze über das Kindesvermögen auch dort zur Anwendung zu kommen haben, wo die drei ersten Titel des Landrechts suspendirt sind. So auch Reskript vom 2. März 1795 bei Rabe Bd. 3 S. 30.

§ 54. Das freie Kindesvermögen.[1]

I. Zum freien Kindesvermögen gehören nur diejenigen Vermögenstheile des Kindes, welchen das Gesetz diese Eigenschaft besonders beilegt. Im Zweifel gilt daher das Vermögen des Kindes als unfreies.

1. Die ältere gemeinrechtliche Theorie erachtete als peculium castrense und quasi castrense jeden Erwerb in Folge des Soldatenstandes, eines öffentlichen Amtes und einer wissenschaftlichen oder künstlerischen Würde oder Thätigkeit.[2]

Weitergehend sieht das Landrecht als freies Kindesvermögen an, was die Kinder außerhalb des Betriebes der väterlichen Geschäfte durch Fleiß oder Geschicklichkeit erlangen. Es gehören hierher Zuwendungen jeder Art, welche ihnen von ihren Eltern oder Dritten für ihre Thätigkeit gemacht wurden, z. B. auch remuneratorische Schenkungen und Vermächtnisse gleichen Zweckes. Auch was die Kinder von demjenigen ersparen, was ihnen von den Eltern zu ihrem Unterhalt außerhalb des Hauses oder sonst zu ihren Ausgaben angewiesen wurde, ist freies Vermögen. Außer demjenigen, was Hauskinder in Kriegs- oder Civildiensten — z. B. als Lieutenant, Referendar — erwerben, wird wie nach römischem Pekulienrecht

---

5) Daraus, daß der Vater kraft eigenen Rechtes über das Vermögen seines Kindes verfüge, daß also seine bezüglichen Dispositionen seine eigenen, nicht Verfügungen Namens des Kindes seien, folgert Schmidt Familienrecht S. 534 ff., daß der Vater das Hauskind nicht persönlich, das heißt so, daß es mit seiner Person für die übernommenen Verbindlichkeiten haftet, verpflichte, vielmehr werde das Kind nur in Bezug auf das der väterlichen Vermögensgewalt unterworfene Vermögen verbunden. So auch Strietholt Archiv Bd. 67 S. 145 ff. und Förster Bd. 3 § 222 Anm. 32, „weil die Personeneinheit nicht gelte." Es hat aber der Vater, mindestens bezüglich des minderjährigen Hauskindes, vormundschaftliche Rechte. Nach § 2 des Gesetzes über die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger vom 12. Juli 1875 insbesondere können sich Minderjährige über 7 Jahre unter Genehmigung des Vaters wie des Vormundes persönlich verpflichten, vgl. L. R. II, 2 § 125. Man wird hieraus schließen müssen, daß der Vater wie der Vormund den Minderjährigen auch ohne dessen Zuziehung persönlich verpflichten kann. Es entspricht dies deutscher Rechtsauffassung, welche den Vater als natürlichen Vormund seines Kindes ansieht, vgl. R. G. Bd. 15 S. 197 über gemeines deutsches Recht. — Eccius Bd. 4 § 222 Anm. 32 polemisirt gegen die Auffassung, daß der Vater vormundschaftlicher Vertreter seines Kindes sei. Danach meint er, „würde er, da seine Verwaltung nicht an die Schranken der Vormundschaftsordnung zu binden ist, das Kind auch durch Schenkungsversprechen, Bürgschaften, Spekulationsgeschäfte auf des Kindes Namen verpflichten." Aber „Schenken" und „Spielen" gehört nicht zur Verwaltung. Es giebt eben nicht bloß positive gesetzlich formulirte Schranken, sondern auch begrifflich und durch den Zweck eines Instituts gegebene, vgl. R. G. Bd. 24 S. 220.

1) L. R. II, 2 § 147 ff.

2) Vgl. Fitting das castrense peculium, insbesondre S. 639; das justinianische Recht hatte nur Erwerb in Folge eines staatlichen Amtes, der Advokatur und des Berufs der Geistlichen als p. quasi castrense erachtet. Dazu kamen Geschenke des Landesherrn und seiner Gemahlin an das Hauskind, welche als optimo jure übereignet galten, Windscheid Bd. 2 § 516 Anm. 4 ff.

zu ihrem freien Vermögen gezählt, was sie bei Gelegenheit solchen Dienstes von ihren Eltern oder Anderen zur Ausrüstung oder Beihülfe erhielten.

Auch Lehen und Lehenseinkünfte gehören zum freien Vermögen;[3] dagegen fallen die Einkünfte eines dem Hauskinde angewachsenen Familienfideikommisses in das unfreie Kindesvermögen;[4] ebenso etwaige dem Kinde aus Stiftungen zukommende Präbenden.[5]

Die Abfindung einer Geschwängerten ist kein freies Kindesvermögen, auch Entschädigungen sind es nicht, welche dem Kinde wegen Körperverletzung, z. B. in Folge des Haftpflichtgesetzes, zufielen.[6]

Zum unfreien Kindesvermögen gehört ferner, was der Haussohn erheirathet.[7] [8]

2. Zu dem freien Kindesvermögen zählt weiter, im Anschluß an die römische Lehre der irregulären Adventitien,[9] was den Kindern unter der ausdrücklichen Bestimmung zugewendet wurde, daß es dem väterlichen Nießbrauche nicht unterworfen sein soll.[10]

Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob der Ascendent des Kindes dessen Vater vom Nießbrauch auch bezüglich des Pflichttheils des Kindes aus-

---

3) L. R. II, 2 § 150. Dies nahmen auch viele gemeinrechtliche Schriftsteller an, Fitting castrense peculium S. 647 und dort Angeführte.

4) Koch zu § 157 Anm. 10.

5) Striethorst Archiv Bd. 49 S. 82.

6) Striethorst Archiv Bd. 45 S. 311. R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 390.

7) Schmidt Familienrecht S. 525 nimmt an, daß das vom Haussohn Erheirathete zum freien Vermögen gehöre, da der Vater den Sohn dadurch, daß er ihn verheirathe, insoweit zum selbständigen Hausvater mache und damit eine relative Aufhebung der Gewalt und des Nießbrauchs bewirke. Dieser Standpunkt ist aber nicht der des Gesetzes. Nach diesem ist freies Vermögen das Erarbeitete, und hierhin läßt sich das Erheirathete nicht rechnen. So lange der Vater den Sohn mit Frau und Kindern erhalten muß, ist ihm billigerweise der Nießbrauch am Eingebrachten der Schwiegertochter zu lassen. So auch die Neueren durchgängig.

8) Was Pathengeschenke (pecunia lustrica) anlangt, so war gemeinrechtlich bestritten, ob sie den Eltern gehörten, was ihrem geschichtlichen Ursprung entsprach, da sie ursprünglich eine Gabe an die Eltern behufs Tragung der Taufkosten bildeten, oder ob sie als ein den Kindern gemachtes Geschenk anzusehen seien? Das Letztere ist das Richtige, da dies der derzeit obwaltenden Willensmeinung der Geber gemäß ist. Des weiteren behaupteten manche Aeltere, die sich dem im Uebrigen anschlossen, daß die Pathengeschenke ein peculium quasi castrense bildeten, weil sie gegeben würden propter aliquam militiam contra Satanam, Fitting castrense peculium S. 648. Das L. R. erklärt zur Abschneidung dieser Kontroversen II. 2 § 157, daß die Pathengeschenke dem nichtfreien Vermögen der Kinder beigerechnet werden.

9) Marezoll Lehre von den s. g. Adventitien in Lindes Zeitschrift Bd. 8 S. 409 ff. Nicht recipirt ist vom preußischen Recht der römische Satz, daß adventitium irregulare auch ist, was das Hauskind von seinem Geschwister ererbt, wenn der Vater mit ihm als Intestaterbe konkurrirt, nov. 118 cap. 2.

10) L. R. II, 2 § 154, vgl. nov. 117 cap. 1. Das Kindesvermögen ist nicht etwa um deswillen freies, weil der Nießbrauch an demselben einem Dritten z. B. der Mutter des Kindes zugewendet ist. Nach Endigung dieses Nießbrauchs beginnt vielmehr derjenige des Vaters.

schließen kann, ist verneinend entschieden. Die Verwaltung des Pflichttheils aber darf dem Vater entzogen werden.[11]

3. Freies Kindesvermögen ist Vermögen des Kindes, an welchem der Vater Nießbrauch und Verwaltung freiwillig aufgab.[12]

4. Ferner ist freies Vermögen, was nicht einmal der Ausübung nach übertragbar ist. Entschädigungsansprüche wegen Verletzung solcher Rechte gehören dagegen dem nichtfreien Kindesvermögen zu.[13]

5. Die Einkünfte des freien Kindesvermögens wachsen diesem zu. Doch sind sie an erster Stelle zum Unterhalt des Kindes zu verwenden.[14]

6. Was als Surrogat freien Vermögens erworben wird, ist gleichfalls frei.

II. Bezüglich des freien Kindesvermögens haben

1. großjährige Kinder die freie Verfügung, wie wenn sie nicht mehr unter väterlicher Gewalt ständen.

2. Hat ferner der Vater seinem minderjährigen Kinde den selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäftes verstattet oder seine Genehmigung dazu ertheilt, daß dasselbe in Dienst oder Arbeit trete, so unterliegen die hieraus sich ergebenden, zum freien Kindesvermögen gehörenden, Einnahmen und Forderungen der selbständigen Verwaltung und Verfügung des Minderjährigen.[15]

3. Wenn das Hauskind zu eigener Verwaltung seines freien Vermögens wegen Minderjährigkeit oder aus anderen Gründen nicht fähig ist, steht in der Regel wie nach römischem Recht[16] so auch nach Landrecht, dem Vater von Rechtswegen die vormundschaftliche Verwaltung jenes Vermögens zu. Doch darf der Geber andere Vorschriften treffen.[17] Das gesetzliche Recht des Vaters ist nach Landrecht davon abhängig, daß er dem Vormundschaftsgericht binnen 2 Monaten nach Kenntniß des Anfalls Anzeige macht.[18] Besonders

---

11) L. R. II, 2 § 155. L. R. II, 18 § 38. Gemeinrechtlich läßt man meist eine Beschränkung des Vaters bezüglich des dem Kinde gebührenden Pflichttheils nicht zu, vgl. Vangerow Bd. 1 § 237 Anm. 1.

12) Gemeinrechtlich will man dies freilich nicht gelten lassen. Vgl. Vangerow Bd. 1 § 237 Anm. 1. Thibaut Versuche Th. 2, n. 12. Wir folgern den Satz des Textes aus der Natur der Sache. Auch auf L. R. II, 2 § 147 kann man sich hierfür berufen. — Einen weiteren Fall des freien Kindesvermögens siehe unten § 63 Anm. 9.

13) Striethorst Archiv Bd. 10 S. 205.

14) L. R. II, 2 § 161 ff., R. G. Bd. 9 S. 280, Eccius Bd. 4 § 223 Anm. 9.

15) Es ist dies Folge der §§ 5 und 6 des Gesetzes vom 12. Juli 1875, welche zwar nicht ausgesprochen, aber darum nicht weniger sicher ist.

16) l. 8 § 1 C. de bonis, quae liberis 6, 61, l. 7 pr. C. de cur. fur. 5, 70.

17) L. R. II, 2 § 159 ff., II, 18 § 984 ff.

18) L. R. II, 18 §§ 984. 985.

vom Gerichte verpflichtet wird er nicht. Er hat ein Inventar zu errichten, die Substanz des Vermögens kann er nur in der Hand behalten, wenn er Sicherheit für dessen spätere Zurückgabe leistet.[19]

Die Vormundschaftsordnung erwähnt diesen Fall gesetzlicher Pflegschaft nicht. Die bezüglichen Bestimmungen des Landrechts sind also, da sie dem Vormundschaftsrecht angehören nicht aber dem Rechte der väterlichen Gewalt, welche sich eben auf dieses Vermögen nicht erstreckt, richtiger Ansicht nach beseitigt. Nach der Vormundschaftsordnung hat vor Allem das Gericht als Pfleger zu berufen, wen die Anordnung desjenigen, welcher die Zuwendung machte, als solchen benannte.[20] Ob das Gericht, wenn eine derartige Anordnung fehlt, den Vater des Hauskindes berufen will, unterliegt freiem Ermessen. Es wird dies in der Regel, wenn keine Gründe dawider sprechen, nach Wort und Sinn der Vormundschaftsordnung zu thun haben. Der Vater ist als Pfleger zu verpflichten. Da er nicht gesetzlicher Vormund ist, so ist er auch von der Verpflichtung zur Einreichung eines Inventars nicht frei.[21] Von Rechnungslegung während der Verwaltung und von Sicherstellung ist er als Vater entbunden.[22][23]

---

19) L. R. II, 18 § 992.

20) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 87.

21) Vormundschaftsordnung § 35 Abs. 2.

22) Vormundschaftsordnung §§ 57. 59.

23) So auch Eccius Bd. 4 § 223 Anm. 8. Dagegen nimmt Boas bei Gruchot Bd. 20 S. 770 an, daß als nicht aufgehoben gelten müßten diejenigen Bestimmungen des Landrechts, welche dem Vater die Verwaltung des freien Vermögens seiner Kinder übertrügen und diese Verwaltung als eine nach Art der vormundschaftlichen zu führende kennzeichneten; aufgehoben seien aber diejenigen Vorschriften, welche die Art der väterlichen Verwaltung im Anschluß an die über das Vormundschaftswesen vom Landrecht getroffenen Vorschriften regeln. Da also der Vater kraft des Gesetzes ohne besondere Verpflichtung die Verwaltung des freien Vermögens überkomme, so sei er als gesetzlicher Vormund anzusehen, er müsse kein Inventar errichten und es könne ihm kein Gegenvormund, abgesehen vom Fall des § 55 der Vormundschaftsordnung, zur Seite gesetzt werden. So auch Löwenstein Vormundschaftsordnung § 102. Diese Auffassungen sind nicht folgerecht; denn der Vater führt die Verwaltung des freien Kindesvermögens entweder als Vormund, dann greift die Vormundschaftsordnung ausschließlich ein, oder kraft väterlicher Gewalt, dann sind die bezüglichen Bestimmungen des Landrechts durchweg erhalten. Offenbar handelt es sich aber um eine vormundschaftliche Angelegenheit, wie denn auch das Marginale zu L. R. II, 18 § 984 anzeigt, „von dem Vater als Kurator seiner Kinder." Die bezüglichen Bestimmungen des Landrechts sind also beseitigt. Nur so aber gelangen wir auch zu einem praktisch befriedigenden Ergebnisse, während die Behandlung des Vaters als gesetzlichen Vormunds im Sinne der Vormundschaftsordnung dem Kinde die nothwendigen Garantien entzöge und erhebliche Inkonsequenzen des Rechtes herbeiführen müßte, wie sie Boas selbst als angebliche Folgen der Vormundschaftsordnung hervorgehoben hat. Für die Erhaltung der landrechtlichen Bestimmungen ist jedoch Kam. Gericht Bd. 6 S. 61, Bd. 12 S. 133.

§ 55. Das nichtfreie Kindesvermögen.

I. Nach römisch-justinianischem Recht hatte der Vater zwar Nießbrauch und Verwaltung an den Adventitien seiner Kinder, aber sein Recht zur Veräußerung war ein höchst beschränktes, denn Substanzveräußerungen waren ihm nur verstattet bei rasch verderbbaren oder die Aufbewahrung nicht lohnenden Sachen, sowie wegen Schulden, die auf dem Vermögen lasteten.[1] An diesen Sätzen schon konnte die gemeinrechtliche Praxis nicht festhalten, da eine derartige Unbeweglichkeit der Vermögensplacirung den Verhältnissen der Neuzeit gegenüber höchst bedenklich wäre und die Gefahr vereinzelten Mißbrauchs einer freieren Stellung des Vaters durch den häufigeren Nutzen überwogen wird.[2] Ist doch in der Regel der Vater der vertrauenswürdigste Verwalter des Vermögens seiner Kinder. Hieraus rechtfertigt sich auch, daß die preußische Praxis die Verfügungsrechte des Vaters gegenüber dem nicht unzweideutigen Worte des Landrechts möglichst ausgedehnt hat.

II. In Folge seines Verwaltungsrechtes gilt der Vater in weiterem Maße als der gewöhnliche Nießbraucher zu Veränderungen der Substanz für befugt, so lange er dieselbe nicht verschlechtert. Es ist ihm daher gestattet, durch Bauten und Anlagen auch individuellen Plänen und Neigungen nachzugehen. Weil zugleich Vertreter des Kindes kann der Vater demselben unbeschränkt erwerben.[3] Des Weiteren ist dem Vater vom Gesetz zugestanden, über das Kapitalvermögen seines Kindes zu verfügen, dasselbe nach seinem Gutdünken einzuziehen, anderweit zu belegen, oder auch sich selbst zum Schuldner seines Kindes dafür zu bestellen.[4] Diese Rechte sind wie auf ausstehende Namensobligationen, so auch auf Inhaberpapiere zu be-

1) l. 4, l. 6 § 2, l. 8 § 5 C. de bonis quae liberis 6, 61. Selbst daß der Vater mit Zustimmung seines Kindes, beziehungsweise eines Pflegers, veräußern könne, verneint Marezoll Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß Bd. 8 S. 401. 402.

2) Insbesondere wurde dem Vater in gemeinrechtlichen Landen meist Veräußerung im Falle des Nutzens, nicht bloß der Nothwendigkeit verstattet, Stölzel das Recht der väterlichen Gewalt S. 31 Anm. 18. Einziehung und Cession von Forderungen gesteht man dem Vater gleichfalls überwiegend zu, weil darin keine Veräußerung, sondern nur ein Verwaltungsakt liege, Stölzel a. a. O. S. 31 Anm. 21 und dort Angeführte; vgl. ferner Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 168 Anm. 26.

3) Insbesondere ist der Vater befugt, für seine Kinder Grundstücke zu kaufen, ohne daß es einer obervormundschaftlichen Genehmigung bedarf, sofern nicht im gegebenen Fall eine Interessenkollision vorliegt und dem minderjährigen Kinde um deswillen ein Pfleger zu bestellen ist. Kammergericht Bd. 2 S. 101.

4) L. R. II, 2 § 169. Aber nicht befugt ist der Vater, die zum nichtfreien Vermögen des Kindes gehörigen Forderungen zu verschenken oder für eigene Schulden zu verpfänden, da ihm das Verwaltungsrecht im Interesse des Kindes, nicht im eigenen Interesse gegeben ist. R. G. Bd. 24 S. 220, oben § 53 Anm. 5 a. E.

ziehen.[5] Sie betreffen richtiger Ansicht nach die bloß handschriftlichen wie hypothekarischen Forderungen. Auch über Gelder hat der Vater freie Verfügung.[6] Das Recht zur Veräußerung der Mobilien und der Effekten der Kinder ist dem Vater zwar nicht besonders gesetzlich zugesprochen, aber auch nicht entzogen, da er im Falle der Nichtherausgabe nur verpflichtet ist, den vollen Werth zur Zeit der Uebernahme zu vergüten.[7]

Beschränkungen des Verfügungsrechtes des Vaters sind folgende:

1. Der Vater ist zur selbständigen Verfügung über ausstehende Kapitalien nicht befugt, wenn sie den Kindern zur Sicherheit besonders verschrieben sind, oder wenn sein Verfügungsrecht durch besondere Gesetze oder rechtsgültige Willenserklärungen eingeschränkt ist.

Ausgeschlossen ist hiernach sowohl Einziehung, wie Abtretung solcher Kapitalien.[8]

Was unter den „zur Sicherheit besonders verschriebenen" Kapitalien zu verstehen sei, ist bestritten.[9] Es ist hierbei richtiger Ansicht nach namentlich an den Fall gedacht, daß der Vater dem Kinde eine bestimmte Summe als Muttergut oder sonstiges Kindesvermögen besonders zugesichert hat und auf seine Grundstücke hypothekarisch eintragen ließ.[10] Derartige

---

5) Dem allgemeinen Grundsatz von L. R. II, 2 § 170, daß zu allen Veränderungen der Substanz, die ein Nießbraucher nicht ohne den Eigenthümer vornehmen kann, so lange das Kind minderjährig ist, die Einwilligung des Vormundschaftsgerichts nöthig sei, wird in dieser Allgemeinheit in der Praxis nicht Folge gegeben. Vgl. aber R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 690.

6) Entsch. d. O. Trib. Bd. 14 S. 62ff. Es finden sich allerdings nirgends besondere gesetzliche Vorschriften über die den Kindern gehörenden baaren Gelder, aber die Grundsätze des Quasinießbrauchs schlagen ein.

7) Vgl. L. R. II, 2 § 280, L. R. I, 2 §§ 13, 18, unten § 58 a. E.

8) L. R. II, 2 § 169, R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 959.

9) Vgl. Eccius Bd. 4 § 223 Anm. 25. Manche haben unter den zur Sicherheit besonders verschriebenen Kapitalien hypothekarisch eingetragene verstanden. Allein der § 169 des Titels beläßt dem Vater der Regel nach die freie Verfügung über ausstehende Kapitalien des Kindes, wohin auch hypothekarische gehören, eine Art der Anlage, welche zur Zeit der Abfassung des Landrechtes geradezu als die gewöhnliche Kapitalbelegung anzusehen war. Auch läßt sich der Begriff von versicherten Kapitalforderungen nicht gleichstellen mit „zur Sicherheit besonders verschriebenen" Forderungen.

10) Plenarbeschluß des Obertribunals vom 11. December 1846, Entsch. Bd. 14 S. 60. Die streitige Frage war gewesen: ob ein Vater, der für ein seinen Kindern von einem Ascendenten zugefallenes, an sich als nichtfreies Vermögen anzusehendes Erbtheil mit seinem Grundstück Hypothek bestellt hat, später über dieses hypothekarische Kapital beliebig ohne Einwilligung der Vormundschaftsbehörde disponiren und das Kapital einziehen oder cediren könne. Dies wurde von der einen Seite bejaht, weil als „ausstehende" Kapitalien nur bei Dritten ausstehende zu betrachten seien. Allein das Obertribunal bezog die Bestimmung mit Recht auf Forderungen jeder Art, die vom Vater oder von Dritten den Kindern zur Sicherheit verschrieben wurden. — Ein auf dem Grundstück des Vaters ursprünglich für einen Dritten eingetragenes, hiernächst von dem Vater mittels Cession für sein Kind erworbenes Kapital ist dagegen auch nach erfolgter Eintragung der Cession auf den Namen des Kindes nicht ohne Weiteres für ein dem Kinde ausdrücklich zur Sicherheit besonders verschriebenes Kapital anzu-

Zusicherungen und hypothekarische Eintragungen pflegen vorzugsweise im Falle der Auseinandersetzung zwischen Vater und Kind, beziehungsweise dessen Pfleger, zu geschehen, wenn der Vater zur weiteren Ehe schreitet. Selbstverständlich ist ferner die Einschränkung der Verfügungsgewalt des Vaters, wenn in dieser Hinsicht zu Gunsten der Kinder Seitens des Gebers[11] oder Erblassers besondere Vorkehrungen getroffen sind.

Die Einschränkung des Vaters wird bei hypothekarischen Forderungen am zweckmäßigsten im Grundbuch eingetragen; bei bloß persönlichen kann ein Vermerk auf der Schuldurkunde erfolgen, er wird freilich das Kind kaum ausreichend schützen. Bezüglich der Inhaberpapiere kann die Sicherung des Kindes erreicht werden durch Hinterlegung am dritten Orte, z. B. bei der Reichsbank, oder durch Eintragung im Staats- oder Reichsschuldbuch unter der Bestimmung, daß der Vater die Papiere nicht zurücknehmen darf.

2. Grundstücke und immobiliare Gerechtigkeiten der Kinder kann der Vater nicht selbständig veräußern, verpfänden oder mit bleibenden Reallasten belegen.[12] Das Gleiche gilt für die Bestellung von Grundgerechtigkeiten und Nießbrauchsrechten. Bezüglich der Vermiethung und Verpachtung unbeweglicher Sachen ist dem Vater keine Beschränkung aufgelegt, er steht also in dieser Hinsicht selbständiger als ein bloßer Vormund.

Zu Verfügungen, zu welchen der Vater nicht selbständig befugt ist, bedarf es, wenn die Kinder minderjährig sind, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.[13] Dieselbe ist nicht bloß im Falle der Noth-

---

sehen. Striethorst Archiv Bd. 45 S. 311. Wenn ferner der Vater bei der Auseinandersetzung über den mütterlichen Nachlaß den Kindern Hypotheken aus dem Nachlaß überwiesen hat, so bilden dieselben keine zur Sicherheit besonders verschriebene Kapitalien. Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 5 S. 80. — Vgl. noch das. Bd. 6 S. 137, Bd. 10 S. 68.

11) Franke bei Gruchot Bd. 17 S. 521.

12) L. R. II, 2 § 171. Der Vater ist befugt, wenn er den Kindern Grundstücke erwirbt, zugleich für den rückständigen Kaufpreis Hypothek an denselben zu bewilligen; denn wenigstens vom wirthschaftlichen Standpunkt aus erwirbt er dann für die Kinder eine Sache mit ihrer Last. So auch Entsch. des O. Trib. Bd. 58 S. 298 vgl. R. G. Bd. 24 S. 235. Die bei Erwerb von Grundstücken für die Kinder im Kaufvertrag getroffene Bestimmung aber, wonach der Vater die erworbenen Grundstücke beliebig verkaufen, vertauschen, verpfänden könne, wurde von Rechtswegen — bei Gruchot Bd. 17 S. 860 — für ungültig erklärt, obgleich das um die Bestätigung angegangene Vormundschaftsgericht seiner Zeit erklärt hatte, daß dieser Vertrag der Genehmigung nicht bedürfe.

13) Die Genehmigung durch das Gericht geschieht im Familieninteresse, wie dies auch bei der Ergänzung der Zustimmung der Ehefrau zu Handlungen ihres Ehemannes nach L. R. II, 1 § 239, §§ 387, 388 der Fall ist. Es handelt sich also bei ihr nicht um eine Bestimmung des Vormundschaftsrechtes im engeren Sinn. Wenn Manche — z. B. Wundsch. bei Gruchot Bd. 21 S. 283 — annehmen, es bedürfe in Folge der V. O. der Bestellung eines Pflegers, welcher anstatt des Minderjährigen die Zustimmung zu ertheilen habe, so ist dies hiernach nicht richtig. So auch Eccius Bd. 4 § 223 Anm. 20, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 690.

wendigkeit, sondern auch wegen erheblichen Nutzens zu ertheilen. Von dem Ermessen des Gerichts hängt es ab, ob es Beibringung einer Taxe fordern und ob es öffentliche Versteigerung vorschreiben will.[14] Das Gericht hat, wenn die Veräußerung bloß des Nutzens wegen geschieht, dafür zu sorgen, daß das erlöste Kaufgeld entweder anderweitig zu Grundstücken auf den Namen der Kinder verwendet oder hypothekarisch angelegt, oder daß vom Vater besondere Sicherheit für dasselbe gestellt werde.[15]

Sind die Hauskinder großjährig, so wird die Veräußerung durch ihre Zustimmung gültig. Eine während der Minderjährigkeit des Hauskindes vom Vater ohne gerichtliche Genehmigung vorgenommene Veräußerung von Grundstücken des Kindes wird folgerecht rechtsbeständig, falls das Kind die Genehmigung nach erreichter Großjährigkeit, wenn auch vor der Endigung der Gewalt, ertheilt hat.[16]

3. Bestritten ist die Frage, ob der Vater ohne Genehmigung des Vormundschaftsgerichts der seinem Kinde angefallenen Erbschaft entsagen kann? Man hat sich ziemlich allgemein hierfür erklärt, weil eine derartige Entsagung sich als eine Maßregel der Vertretung und der Verwaltung, nicht aber als Veräußerung im gesetzlichen Sinne darstellt.[17] Geht man hiervon

14) L. R. II, 2 § 173 bestimmt, daß außer der Einwilligung des Gerichts keine weiteren Förmlichkeiten erforderlich, d. h. nach dem Gesetz nothwendig seien. Was der Richter im gegebenen Falle für erforderlich hält, um seinerseits die Veräußerung zu gestatten, ist eine andere Sache. Das Justizministerium erachtete in einem Reskript von 21. Mai 1819 dennoch schlechthin die Aufnahme einer Taxe für nöthig, damit das Gericht über die Veräußerung erkennen könne, wogegen Koch zum § 173 des Titels sich mit Recht erklärt, da die Taxe kein Mittel ist, die Nothwendigkeit der Veräußerung zu beweisen. Nachdem die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 dem Gericht gestattet hat, nach seinem Ermessen die Genehmigung zur Veräußerung von Mündelgütern zu ertheilen, ohne daß sie die Beibringung einer Taxe für nothwendig erklärt, muß um so mehr das Gleiche bei Grundstücken der Hauskinder gelten. Die Vormundschaftsordnung bestimmt weiter in § 44, daß die Art der Veräußerung einer unbeweglichen Sache eines Mündels lediglich von der Bestimmung des Vormundschaftsgerichts abhänge. Auch dies ist entsprechend auf Grundstücke der Hauskinder anzuwenden; die Form der Subhastation ist daher keinenfalls schlechthin nothwendig.

15) L. R. II, 2 § 174. Seit der Vormundschaftsordnung unterliegt dem Ermessen des Gerichts, ob es im Falle der Veräußerung von Mündelgütern wegen Nutzens derartige Bedingungen stellen will. Es ist ihm also in dieser Hinsicht größere Freiheit gegeben, als bei der Veräußerung von Grundstücken der Kinder durch ihren Vater.

16) So auch Eccius Bd. 4 § 223 Anm. 20.

17) Aeltere Justizministerialreskripte sprachen aus, daß die Entsagung einer Erbschaft und selbst der Verzicht auf den Vorbehalt des Inventars der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts bedürfen. Später jedoch hat das Justizministerium die entgegengesetzte Ansicht angenommen. Dem traten die meisten Schriftsteller bei, vgl. Koch zu § 168 des Titels, Arndts und Leonhard Vormundschaftsrecht S. 132. Anders — gegen Förster — Eccius Bd. 4 § 223 Anm. 27. Die Rechte des Vaters sind aber in dieser wie in manchen anderen Beziehungen weitergehende als die des Ehemannes, welcher das Frauengut verwaltet und im Nießbrauch hat, oben § 30 bei Anm. 31.

aus, so kann es auch nicht darauf ankommen, worauf Manche Gewicht legen, ob sich Grundstücke und immobiliare Gerechtigkeiten in der Erbschaft befinden. Dem Vater steht ferner frei, bei dem Erbschaftsantritt dem Vorbehalt des Inventars zu entsagen, wie er jedenfalls dadurch, daß er die Errichtung des Inventars verabsäumt, das Kind des Vorbehalts verlustig macht.[18] Auch zu Auseinandersetzungsrecessen, welche der Vater über eine seinem Kinde zum Theil angefallene Erbschaft schließt, bedarf er keiner Genehmigung, falls keine Grundstücke in der Erbschaft enthalten sind.[19]

4. Das Recht des Vaters ergreift ähnlich wie das des Ehemannes die Gesammtheit des Vermögens seines Kindes. Dem Vater liegt daher ob, dessen Schulden aus dem Kindesvermögen zu tilgen, und zwar diejenigen, welche auf demselben zur Zeit der Entstehung des Nießbrauchs lasteten, nicht minder die Schulden, welche er selbst für das Kind einging, und solche, welche das Kind mit seiner Genehmigung übernahm; endlich auch diejenigen, welche während der Dauer der väterlichen Verwaltung unmittelbar aus dem Gesetz, oder aus unerlaubten Handlungen des Kindes entsprangen.[20] Hat der Vater an einer unerlaubten Handlung des Kindes Theil genommen, so haftet er neben ihm solidarisch; liegt ihm Mangel an Aufsicht ob, subsidiär.

5. Der Vater wird bei der Verwaltung des in seiner Hand befindlichen Kindesvermögens häufig, ohne dieses Verhältnisses Erwähnung zu thun, in eigenem Namen handeln. Er berechtigt und verpflichtet sich dann nach Außen hin persönlich, und muß sich dieserhalb mit dem Kinde berechnen. Es fragt sich aber, ob der Vater auch dann persönlich haftet, wenn er erkennbar in seiner Eigenschaft als Verwalter des Kindesgutes auftritt, z. B. Grundstücke für das Kind veräußert oder erwirbt. Dies ist zu verneinen, da er das Recht hat, das Kind zu vertreten. Daher verpflichtet er dasselbe persönlich und ist seinerseits nur gehalten, die Schuld aus dem Kindesvermögen zu berichtigen oder sich die Zwangsvollstreckung in dasselbe gefallen zu lassen. Diese Sätze sind auch, worüber man gestritten hat, bezüglich der Kosten von Prozessen über die Substanz des Kindesvermögens anzuwenden.[21]

Im gemeinen Recht besteht übrigens dieselbe Streitfrage, vgl. Seuffert Archiv Bd. 6 n. 228 und Bd. 7 n. 65.

18) L. R. I, 9 § 432. Entsch. des Ob. Trib. Bd. 23 S. 63.

19) Striethorst Archiv Bd. 52 S. 236. R. G. Bd. 10 S. 268.

20) Vgl. L. R. II, 2 § 139, § 203, R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 701.

21) Das O. Trib. nahm früher Rechtsfälle Bd. 3 S. 446 an, daß in Prozessen des Vaters über die Substanz des Kindesvermögens die Kinder persönlich für die Prozeßkosten verhaftet seien, weil der Vater als gesetzlicher Vertreter seiner Kinder

6. Das römische Recht knüpfte an den väterlichen Nießbrauch keine Verbindlichkeit gegen das Kind. Nach preußischem Recht aber steht, deutscher Anschauung entsprechend, die Pflicht zum standesmäßigen Unterhalt und zur Erziehung des Kindes in nothwendiger Wechselbeziehung zum väterlichen Nießbrauch.[22] So lange der Vater diesen Pflichten nachkommt, hängt die Verwendung der Einkünfte des Kindesvermögens von seinem Gutdünken ab. Auch seine Gläubiger können insoweit diese Einkünfte zu ihrer Befriedigung verwenden.[23] Der gesetzliche Nießbrauch und die Verwaltung des nichtfreien Kindesguts erlischt aber, wenn der Vater in Konkurs fällt oder sonst außer Stande kommt, die Kinder standesgemäß zu ernähren und zu erziehen.[24] Dieser Verlust tritt von Rechtswegen ein. Allerdings kann die Frage, ob der Vater zur Erfüllung seiner Pflichten noch im Stande ist, streitig werden, so daß sie im Rechtswege durch Erkenntniß erledigt werden muß, dasselbe hat aber deklaratorische Natur.[25] Die Verwaltung des Kindesvermögens geht auf die Kinder über; und zwar wenn sie großjährig sind selbständig, sonst ist sie einem Pfleger zu überlassen. Der Vater kann jedoch aus den Einkünften des Kindesvermögens Unterhalt

---

unterlegen sei, so daß die Kinder selbst, deren Interesse er wahrnahm, die in die Prozeßkosten verurtheilte Partei seien. Dagegen führt das O. Trib. Entsch. Bd. 59 S. 243 aus, daß der Vater die Kosten des für sein Kind geführten Prozesses aus eigenen Mitteln zu tragen verbunden sei; denn er verfolge nicht als Vormund, sondern vermöge eigener Machtvollkommenheit die Rechte seiner in der Gewalt befindlichen Kinder. Dem selbständigen Rechte des Vaters entspreche dessen Verpflichtung, die damit in Verbindung stehenden Kosten und Ausgaben aus eigenen Mitteln zu tragen, soweit das von ihm vertretene Kind solche nicht besitze. Die Sätze von L. R. II, 1 § 187 bezüglich der für die Ehefrauen aufgewendeten Kosten, welche auf demselben Grundgedanken ruhten, seien hiernach analog auf die Hauskinder anzuwenden. Sydow aber, deutsche Gerichtszeitung 1860 S. 107, findet, daß der Vater zwar als Nießbraucher des unfreien Vermögens seines Kindes die Kosten in den Prozessen, welche die Substanz des Vermögens beträfen, aus demselben vorschießen müsse, daß er im Uebrigen aber, sofern er für das Kind prozessirt, nicht persönlich haftbar werde. Dieser Ansicht ist, da eine dem L. R. II, 1 § 187 — vgl. oben § 21 Anm. 16 — entsprechende Bestimmung bezüglich der Kinder nicht getroffen ist, beizutreten; es liegt in derselben eine Singularität, die nicht auszudehnen ist. So auch Eccius Bd. 4 § 222 Anm. 28.

22) L. R. II, 2 § 204.

23) L. R. II, 2 § 205.

24) Vgl. L. R. II, 2 § 206. Die Konkursgläubiger haben also nach preußischem Recht selbst dann keinen Anspruch an dem Kindesvermögen, wenn dessen Einkünfte die Kosten der Erhaltung und Erziehung der Kinder übersteigen; § 1 Abs. 2 der Reichskonkursordnung ist hiernach nicht anwendbar. Gemeinrechtlich ist der Konkurs kein Grund für die Endigung des Nießbrauchsrechts des Gemeinschuldners am Kindesvermögen. Die Konkursordnung sichert daher dem gemeinrechtlichen Vater die Mittel zum Unterhalt und zur Erziehung seiner Kinder aus den Nutzungen.

25) Koch zum § 204 des Titels. Man hat darüber gestritten, ob nicht erst das Erkenntniß das väterliche Recht beendige.

fordern, sofern nach Erziehung und Unterhalt der Kinder etwas übrig bleibt.[26]

Die herrschende Meinung nimmt an, daß der Vater den Nießbrauch und die Verwaltung des Kindesgutes für immer verliert und ihn auch nicht an dem seinen Kindern nach Beendigung des Konkurses anfallenden Vermögen erlangt.[27]

§ 56. Auseinandersetzung mit den Kindern beim Uebergang zur weiteren Ehe.

1. Das preußische Recht verlangt nicht, wie dies das französische thut,[1] daß der Vater nach dem Tode der Mutter dem Vormundschaftsgericht ein Verzeichniß über das Vermögen seiner Kinder einreicht. Es geht vielmehr davon aus, daß das Recht keine Ursache habe, in die Verhältnisse zwischen Vater und Kind einzugreifen, so lange sich der Vater nicht wieder verheirathet. Dagegen fordert es gemäß althergebrachtem deutschen Recht,[2] daß der Vater sich, ehe er zur weiteren Ehe schreitet, mit seinen Kindern abfinde, falls diese wegen Minderjährigkeit oder aus andern Gründen nicht im Stande sind, sich selbst vorzustehen.[3]

2. Zu diesem Zweck ist solchen Kindern ein Pfleger zu bestellen, damit das Vermögen der Kinder festgestellt und vor Verdunkelung bewahrt werde. Um deswillen hat ihm der Vater alle Urkunden offen zu legen, aus denen sich die Höhe des Kindesvermögens ergiebt.

Dem Pfleger liegt weiter ob, für die Sicherung der Kinder in den Fällen, in welchen sie nach den Gesetzen erfordert ist, zu sorgen. Daher

---

26) Vgl. L. R. II, 2 § 209. Der im Text zugefügte Vorbehalt zu Gunsten der Kinder ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen.

27) Entsch. des O. Trib. Bd. 35 S. 92, Jahrb. des Kam. Ger. Bd. 3 S. 66, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 989, Eccius Bd. 4 § 223 Anm. 29. Die in unseren früheren Auflagen vertheidigte Analogie von L. R. II, 1 § 264 wäre wohl wissenschaftlich gerechtfertigt, ist aber dem praktischen Rechte fremd geblieben.

1) Code civil art. 451 betrifft auch den Vater. Nach der V. O. vom 5. Juli 1875 § 95 Abs. 2 vgl. mit § 35 Abs. 2 hat im Bezirk des Oberlandesgerichts Köln der Vater nach dem Tode seiner Frau als gesetzlicher Vormund die Pflicht der Errichtung eines Inventars bei Beginn der Vormundschaft nicht mehr, wohl aber ist nunmehr die Einreichung des Vermögensverzeichnisses auch in jenem Bezirk erforderlich, wenn der Vater zur weiteren Ehe schreitet.

2) Siehe Kraut Vormundschaft Bd. 2 S. 609 und 625. Reskript vom 3. November 1683 C. C. M. I. Abth. 2 p. 93, sowie Reskript vom 7. Januar 1690, daß kein Wittwer oder Wittwe von der Kanzel zur Ehe proklamirt werde, bevor sie nicht die Kinder erster Ehe abgefunden oder Vergleich getroffen, C. C. M. I. Abth. 2 p. 109. Das römische Recht kannte keine Pflicht der Inventarisirung zu Gunsten der Kinder.

3) L. R. II, 1 § 18 vgl. oben § 16 Ziff. 4. Großjährige Hauskinder haben sich selbst zu wahren; sie bedürfen eines besonderen gesetzlichen Schutzes nicht.

erlischt sein Amt nicht mit der Vollziehung der Auseinandersetzung.[4][5] Vielmehr liegt ihm ob, auch in Zukunft für das Beste der Pflegebefohlenen zu sorgen, wenn die bestellte Sicherheit in Folge ihrer Verschlechterung nicht mehr ausreicht oder eine Veränderung damit vorgenommen werden soll, oder der Vater bei seiner Verwaltung die gesetzlichen Schranken überschreitet. Der Pfleger haftet jedoch hierfür nur, wenn er den Vorfall, welcher seine Obsorge erforderte, kannte, oder wenn ihm derselbe ohne grobe Fahrlässigkeit nicht unbekannt bleiben konnte.

Häufig ist, wie bereits erwähnt, das Ergebniß der Auseinandersetzung, daß der Vater sich als Schuldner einer bestimmten Summe bekennt und die Kinder vergleichsweise in einer über seine gesetzlichen Verpflichtungen hinausgehenden Weise sicher stellt.[6] Die Abschließung solcher Verträge liegt in der Aufgabe des Auseinandersetzungspflegers. Soll später deren Aenderung vorgenommen werden oder muß sie geschehen, so bedarf es der Mitwirkung des Pflegers, so lange sich die Kinder noch nicht selbst vertreten können.

Die Vollmacht des Auseinandersetzungspflegers zur Vertretung der Kinder beschränkt sich auf die Berechtigungen der Kinder gegenüber dem Vater. Jener Pfleger ist daher an sich nicht legitimirt, die Rechte der Kinder gegenüber Dritten wahrzunehmen, z. B. im Falle der nothwendigen Subhastation des väterlichen Grundstücks, auf welchem für die Kinder ein Kapital eingetragen steht, für dieselben mitzubieten.

§ 57. Sicherstellung des nichtfreien Kindesvermögens.[1]

I. Je ausgedehnter die Befugnisse des Vaters bezüglich des ihm anvertrauten Kindesvermögens sind, desto wichtiger ist die Frage der Sicherung der Kinder. Das justinianische Recht hatte den Kindern eine gesetzliche Generalhypothek an dem Vermögen ihres Vaters wegen ihres Muttergutes beigelegt,[2]

---

4) Vorm. O. § 42 Ziff. 4.

5) Nach L. R. II, 18 § 972 hat der Auseinandersetzungspfleger von Rechtswegen auch die Aufgabe „bei der Auseinandersetzung auch für Berichtigung der Sicherheit" zu sorgen. Da Manche, z. B. Eccius Bd. 4 § 223 Anm. 5, diese Bestimmungen als durch die V. O. erledigt ansehen, empfiehlt es sich, daß das Vormundschaftsgericht dem Pfleger dies sowie die Beobachtung der Vorschriften der §§ 973 ff. ausdrücklich aufträgt.

6) Insbesondere einigen sich die Betheiligten auch darüber nicht selten, daß die Schuldsumme vom Aufhören der väterlichen Gewalt an verzinst werden solle. Vgl. freilich Beling bei Gruchot Bd. 22 S. 262.

1) L. R. II, 2 § 176 ff. Beling über die von dem Vater bezüglich des nichtfreien Vermögens seiner Kinder zu bestellende Sicherheit, bei Gruchot Bd. 22 S. 248

2) l. 6 § 4 C. de bonis, quae liberis 6, 61.

was man gemeinrechtlich häufig auf alle Adventitien erstreckte. In der preußischen Gesetzgebung trat an die Stelle ein Vorrecht im Konkurse.[3]

Die Reichskonkursordnung hat dies Vorrecht für die Forderungen der Kinder in Ansehung ihres gesetzlich der Verwaltung des Vaters unterworfenen Vermögens beibehalten.[4] Es wird nicht verlangt, daß der Vater das Vermögen des Kindes thatsächlich in seine Verwaltung nahm, sondern nur, daß dasselbe seinem Verwaltungsrecht untersteht. Das Vorrecht geht den Kindern verloren, wenn die Forderung nicht binnen 2 Jahren nach Beendigung der Verwaltung gerichtlich geltend gemacht und bis zur Eröffnung des Verfahrens verfolgt worden ist.[5]

II. Unter gewissen Voraussetzungen[6] kann wegen des nichtfreien Kindesvermögens besondere Sicherheit verlangt werden.

1. Dies ist der Fall:

a) wenn der Vater offenbar in Vermögensverfall zu gerathen anfängt, insbesondere seine Grundstücke in Beschlag genommen, oder seine Mobilien gepfändet werden oder wenn er seine Zahlungen einstellt.[7] Diese Verpflichtung zur Sicherstellung ist eine höchstpersönliche; den Erben des Vaters liegt sie also nicht ob.[8]

Wenn der Vater seinen Kindern ehe er in Konkurs geräth, aber nach seiner Zahlungseinstellung, nach dem Antrage auf Eröffnung des Konkurses oder in den letzten 10 Tagen vorher Sicherung gewährt, so unterliegt sie

---

3) L. R. II, 2 §§ 176. 177, A. G. O. I, 50 § 417 gab das Vorrecht der vierten Klasse, also nach den Hypotheken. Das Vorrecht erhielt die Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 80 ff.

4) Reichskonkursordnung § 54 Ziff. 5. Das Vorrecht steht den Kindern auch zu, wenn es nach beendeter väterlicher Gewalt beziehungsweise Vormundschaft des Vaters zu einer Ausmittelung und Feststellung ihrer Erbtheilungsforderung kam, eine Zahlung derselben aber nicht erfolgte. Denn in dieser Feststellung liegt nicht eine Novation, sondern nur eine Individualisirung des bestehenden Anspruchs, welche diesem sein Vorrecht nicht nimmt, R. G. Bd. 3 S. 294. Ueber das Voraus beim Einkindschaftsvertrag vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 1061. — Die Kinder haben kein Vorzugsrecht, wenn der Vater wider Recht, z. B. obwohl ihm durch Testament die Verwaltung entzogen war, in den Besitz des Kindesgutes kam.

5) Die preußische Konkursordnung von 1855 verlangte, daß die Forderung im Wege der Klage geltend gemacht sei; die deutsche Konkursordnung fordert dies nicht; es reicht also hin, daß die Forderung innerhalb der 2 Jahre in einem gerichtlichen Auseinandersetzungsverfahren dem Vater gegenüber geltend gemacht wurde.

6) L. R. II, 2 § 178. Es war bei der Berathung des Landrechts beantragt worden, den Vater auf alle Fälle besonders zur Sicherstellung zu verpflichten. Dies Ansinnen wurde jedoch mit Recht zurückgewiesen, da die bloße Besorgniß, daß hier und da ein liederlicher oder unvorsichtiger Vater das Vermögen seiner Kinder durchbringen möchte, nicht hinreicht, alle Väter der Last der Kautionsleistung zu unterwerfen. Bornemann Bd. 5 S. 294.

7) L. R. II, 2 § 179.

8) Striethorst Archiv Bd. 31 S. 67, Beling a. a. O. S. 275.

der Anfechtung Seitens der übrigen Konkursgläubiger nicht, weil die Kinder auf die Sicherstellung ein Recht hatten.[9]

b) Die Kinder sind ferner durch Eintragung einer Hypothek sicher zu stellen, wenn der Vater zur weiteren Ehe schreitet und belastungsfähige Grundstücke oder immobiliare Gerechtigkeiten besitzt.[10]

Diese Sicherheit ist, wie für mütterliches, so auch für anderes Vermögen zu leisten,[11] jedoch nur für das zur Zeit der Eingehung der neuen Ehe bereits der väterlichen Verwaltung unterworfene.[12] In der Regel hat die Eintragung vor Abschluß der weiteren Ehe zu geschehen.[13] Ob der Vater zur Eintragung angehalten werden kann, wenn er erst nach Abschließung der Ehe Grundstücke erwirbt, ist streitig, aber nach dem Sinne des Gesetzes zu bejahen.[14]

c) Nach Landrecht konnten die Kinder vom Vater Sicherheit fordern, wenn er wegen eines Amtes oder einer Pachtung dem Fiskus oder einer mit fiskalischen Rechten versehenen Anstalt verhaftet war oder in dem Dienste einer anderen mit einem Vorrecht ausgestatteten öffentlichen Kasse stand.[15] Mit der Beseitigung des Vorrechts der fiskalischen und öffentlichen

---

9) Reichskonkursordnung § 23 Ziff. 2, Beling a. a. O. S. 264.

10) L. R. II, 2 § 187 ff.

11) L. R. II, 2 § 187 bestimmt, der Vater müsse „das Vermögen der Kinder aus voriger Ehe" eintragen lassen. Meist bezieht man dies auf das Vermögen „aus voriger Ehe" und identificirt dies mit dem mütterlichen Vermögen der Kinder, Eccius Bd. 4 § 223 Anm. 36, Beling a. a. O. S. 260. Richtiger möchten die Worte als nähere Bezeichnung der Kinder zu fassen sein. Schon um deswillen, weil der im Entwurf des Gesetzbuches enthaltene Ausdruck „mütterliches Vermögen" verlassen wurde, ist jene Beschränkung zu verwerfen. Hierfür sprechen auch innere Gründe. Denn die Verpflichtung wurzelt darin, daß der Vater das Kindesvermögen hinter sich hat und daß im Fall seines Uebergangs zur weiteren Ehe das unbedingte Vertrauen, daß er dasselbe bloß im Interesse der Kinder der vorigen Ehe verwaltet, nicht mehr besteht. Ob das Vermögen des Kindes grade von der Mutter herkommt, ist also bedeutungslos.

12) Die Bestimmung von L. R. II, 2 § 187 wird mit der von L. R. II, 1 § 18 in Verbindung gebracht, vgl. Koch zu § 187 und dort angezogene Justizministerialreskripte.

13) Anders Beling a. a. O. S. 258, welcher nach dem Wortlaute, aber nicht nach dem Sinne des Gesetzes verlangt, daß die Ehe bereits abgeschlossen ist, ehe die Eintragung vollzogen wird.

14) Hierfür spricht L. R. II, 18 § 973, wonach der Auseinandersetzungspfleger auch dann verbunden ist, Sicherstellung zu betreiben, wenn sich der Fall, daß der Vater zur Sicherheitsstellung verbunden wäre, erst nach der Auseinandersetzung ereignet. Mittelbar liegt hierin, daß die Sicherheitsstellung nachzuholen ist, wenn Bedingungen derselben, welche bei dem Uebergange zur weiteren Ehe nicht bestanden, später eintreten. Auch hiervon abgesehen ist es im Sinne des § 187 des Titels, daß der Vater, welcher erst nach Abschluß der Ehe Immobilien erwirbt, die Kautionshypothek zu leisten hat, arg. L. R. II, 1 § 254. Anderer Ansicht Beling a. a. O. S. 257.

15) L. R. II, 2 §§ 180. 181, vgl. A. G. O. I, 50 § 395 ff. Preußische Konkursordnung vom 8. Mai 1855 §§ 78 und 79.

Kassen durch die Reichskonkursordnung ist dieser Fall des Rechts auf Sicherstellung richtiger Ansicht nach weggefallen, da er nur darauf beruhte, daß das gesetzliche Vorrecht dieser Kassen dem Vorrecht der Kinder vorging. —

Durch die formgerechte Bestimmung dessen, welcher dem Kinde etwas zuwendet, insbesondere durch Testament der Mutter, kann dem Vater die Sicherstellung erlassen werden. Dies jedoch unvorgreiflich der aus dem Pflichttheilsrecht des Kindes sich ergebenden Beschränkungen.[16]

2. Geräth der Vater in Vermögensverfall, so ist die Sicherheit in einer der vom Gesetze für Kautionen vorgesehenen Arten zu bestellen.[17] Im Falle der Wiederverheirathung des Vaters kann nur Hypothekbestellung gefordert werden. Besitzt der Vater mehrere Grundstücke, so sind, wenn hinreichende Sicherstellung durch Eintragung auf einem oder einigen geschah, die anderen Grundstücke nicht zu belasten. Diese Kautionshypothek hat dieselbe Eigenthümlichkeit wie nach früherem Recht die vormundschaftliche; es ist nämlich der Vater befugt, zu fordern, daß die erste Hälfte des Werthes seiner Grundstücke frei bleibe, und er kann, falls die Kaution innerhalb der ersten Hälfte des Werthes bestellt war, dieselbe in die zweite Hälfte zurücktreten lassen.[18][19]

3. Auf die Sicherstellung kann geklagt werden. Die Klage ist zu erheben, sofern es sich um minderjährige Kinder handelt, von einem für sie zu bestellenden Pfleger. Kann oder will der Vater die Sicherheit nicht bestellen, so ist einem Pfleger, welcher die Auseinandersetzung zu betreiben hat, die Verwaltung des Kindesvermögens zu übertragen.[20] Das großjährige Hauskind hat seine Rechte selbst zu wahren.[21]

Schreitet der Vater zur neuen Ehe, so kommt den minderjährigen Kindern bei Erwirkung der Sicherstellung zu Hülfe, daß vor der Wiederverhei-

---

16) Striethorst Archiv Bd. 58 S. 241. Vgl. L. R. II, 2 § 398.

17) Vgl. L. R. I, 14 § 188 ff.

18) Vgl. L. R. II, 2 § 188, L. R. II, 18 §§ 427. 428. Der Vater kann unmittelbar beim Grundbuchrichter für neue, von ihm bewilligte Hypotheken die Eintragung des Vermerks beantragen, daß sie bis zur ersten Hälfte des Grundstücks nach Maßgabe des Gesetzes die Priorität haben. Er kann aber auch gegen das Kind, beziehungsweise den Pfleger desselben, auf Anerkennung seines Rechts, die Post der Kinder zurücktreten zu lassen, klagen.

19) Man hat behauptet — bei Gruchot Bd. 20 S. 773 — die Bestimmungen von L. R. II, 2 § 188 seien durch die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 beseitigt. Dies hat aber keinen Grund. Für das Vormundschaftsrecht ist die Vorschrift des L. R. II, 18 § 427 aufgehoben, für das Verhältniß des Vaters ist sie bestehen geblieben. Beling a. a. O. Bd. 22 S. 266. Aehnliches oben § 56 Anm. 5.

20) L. R. II, 2 §§ 182. 191. 267. R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1050. Der Vater behält den Nießbrauch; es bedarf seiner Zustimmung zu allen Verwaltungsakten, wodurch sein Nutzungsrecht eingeschränkt oder geschmälert wird, L. R. I, 21 §§ 99. 100.

21) L. R. II, 2 §§ 189 ff. Unrichtig Beling a. a. O. S. 271. Denn die Nichterwähnung des § 182 im § 189 kann nur auf einem Uebersehen beruhen.

rathung die gesetzliche Abfindung solcher Kinder nachzuweisen oder doch ein Erlaubnißschein des Gerichts beizubringen ist.[22]

4. Der Anspruch auf Sicherstellung wegen Vermögensverfalls fällt weg, wenn der Vater, ehe sie gestellt ist, in bessere Umstände kommt. Dagegen nimmt man an, daß die bereits bestellte Sicherheit um deswillen nicht zurückgefordert werden kann.[23]

5. Streitig ist die Frage, ob der Vater die Löschung der bei seiner Wiederverheirathung für die Kinder der früheren Ehe eingetragenen Kautionshypothek fordern könne, wenn er zur freiwilligen Veräußerung des mit der Hypothek belasteten Grundstücks schreitet. Es ist dies herrschende Meinung, indem sie davon ausgeht, daß das Gesetz keine absolute Sicherstellung der Kinder bezweckte, sondern nur dafür sorgen wollte, daß vom Augenblick der Wiederverheirathung des Vaters an die späteren Gläubiger desselben keinen Vorrang vor den Kindern durch die Eintragung auf dessen Grundstücke erlangen sollten, daß diese Gefahr aber nur vorhanden sei, so lange der Vater Grundstücke besitze und daß sie wegfalle, wenn er dieselben verkaufe, den Kindern also nichts vorgehen könne.[24] Im Gesetz selbst ist eine derartige Beschränkung des Rechts der Kaution nicht vorgesehen.[25]

6. Dem Vater liegt Anzeige beim Vormundschaftsgericht ob, wenn der Fall seiner Verpflichtung zur Sicherung seines Kindes eingetreten ist. Verabsäumt er vorsätzlich die Anzeige, so wird er seines Nießbrauchs verlustig.[26]

§ 58. Ausantwortung des Kindesvermögens nach Erlöschen der Gewalt.[1]

1. Mit dem Erlöschen der väterlichen Gewalt ist der Vater zur Herausgabe des bisher in seiner Gewahrsam befindlichen Kindesvermögens verpflichtet. Es macht keinen Unterschied, ob die Gewalt durch den Tod des Vaters, oder

22) L. R. II, 1 § 18. Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 38, oben § 16 Ziff. 4, § 56 Anm. 3.

23) Koch Anm. 36 zu L. R. II, 2 § 179. Beling a. a. O. S. 275 will nicht einmal zugeben, daß der einmal erworbene Anspruch auf Sicherstellung, welche noch nicht geleistet ist, durch spätere Verbesserung der Vermögenslage des Vaters aufgehoben werde. Dies geht aber entschieden zu weit, denn die Frage, ob und inwieweit Sicherheit zu bestellen ist, kann nur nach der Lage zur Zeit des Urtheils bemessen werden.

24) So die Gesetzrevisoren und Bornemann Bd. 5 S. 297, Koch zum § 187, Arndts und Leonhard Vormundschaftsrecht S. 96 Anm. 292, auch ein Reskript vom 6. Aug. 1806 n. c. c. tom. XII, p. 711.

25) Das Ministerialreskript vom 27. April 1829 spricht daher dem Vater das Recht auf Löschung im Falle der Veräußerung des belasteten Grundstücks ab. Kamptz Jahrb. Bd. 33 S. 339. Ebenso Eccius Bd. 4 § 223 Anm. 37 gegen Förster.

26) L. R. II, 2 § 200.

1) L. R. II, 2 § 275 ff.

des Kindes, oder in Folge anderer Ereignisse, insbesondere der Errichtung einer eigenen Wirthschaft, beendigt ist.[2]

2. Bezüglich der Herausgabe des nichtfreien Kindesvermögens sind im Allgemeinen die Grundsätze des Nießbrauchs maßgebend. Daneben kommen die Modifikationen zur entsprechenden Anwendung, welche für den Fall gelten, daß die Frau nach dem Tode ihres Mannes ihr Eingebrachtes aus dessen Nachlaß zurücknimmt.[3] Im Einzelnen ist zu bemerken:

Der Vater hat dem Kinde oder dessen Rechtsnachfolgern Rechnung über die Substanz des Kindesvermögens zu legen.[4] Er haftet bezüglich der Verwaltung in der Regel für die Sorgfalt, welche er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt.[5]

Wo bei der Auseinandersetzung nach Auflösung einer Ehe die überlebende Frau ein Wahlrecht hat, steht ein solches auch, entsprechend, den Kindern zu.[6]

Gegenansprüche wegen Verbesserungen hat der Vater in demselben Maße, wie der gewöhnliche Nießbraucher. Waren die Kinder minderjährig, so muß er vor der Verbesserung die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einholen.[7] Nothwendige Auslagen kann der Vater ohne weiteres in Anrechnung stellen. Auf die Kinder verwendete Kosten und die Ausstattung derselben kann er, wie früher bemerkt, nur anrechnen, soweit sie die Nießbrauchserträgnisse übersteigen, und wenn er sich für diese Anrechnung seinerzeit ausdrücklich erklärte.[8]

Die Verzinsung von Geldsummen, welche der Vater dem Kinde herauszugeben hat, beginnt in Ermangelung anderer Vereinbarungen, entsprechend den Grundsätzen über Herausgabe des Frauenvermögens, mit Ablauf des Vierteljahres, in welchem die väterliche Gewalt aufhörte.[9]

---

2) Vgl. L. R. II, 2 § 231. Das römische praemium emancipationis findet sich nicht; es ist auch nicht gemeinen Rechtens. Dagegen kann in Folge des ehelichen Güterrechts, insbesondere im Falle fortgesetzter Gütergemeinschaft — oben § 39 — das Verhältniß eine andere Gestalt gewinnen.

3) Vgl. L. R. II, 2 § 276 und L. R. II, 1 § 544 ff.

4) Dies folgt aus allgemeinen Grundsätzen, da der Vater von dieser Pflicht nicht entbunden ist. Anderes gilt gemeinrechtlich l. 8 § 4 C. de bon. quae lib. 6, 62 .. paterna reverentia eum excusante et a ratiociniis et a cautionibus.

5) L. R. II, 1 §§ 554, 555, vgl. oben § 32 Anm. 11, siehe auch L. R. II, 2 § 281. In den römischen Quellen ist wenigstens bezüglich der bona materna von omnis diligentia die Rede, l. 1 C. de bonis mat. 6, 60, vgl. Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 168 Anm. 29.

6) L. R. II, 2 § 278.

7) L. R. II, 2 § 175.

8) L. R. II, 2 § 287 ff., oben § 45 Anm. 17, § 46 Anm. 10.

9) L. R. II, 1 § 549. Striethorst Archiv Bd. 49 S. 82 ff., oben § 32 Anm. 7.

3. Besondere Bestimmungen sind bezüglich der Mobilien des Kindes getroffen.[10] Dem Vater steht in Folge seines Nießbrauchsrechts das Recht zum Gebrauch zu, sofern derselbe ohne erhebliche Abnutzung thunlich ist. Will er aber Mobilien, welche sich durch den Gebrauch erheblich abnutzen, für sich gebrauchen, so hat er sie gerichtlich taxiren zu lassen. Das Kind kann dann nach Aufhebung der Gewalt nach seiner Wahl die Sache in ihrem jetzigen Zustande oder den Taxwerth fordern; unterblieb die Taxe, so darf das Kind statt der Taxe den Werth, welchen vollkommen brauchbare Sachen dieser Art zur Zeit der Uebernahme hatten, beanspruchen. Sind die Sachen in dem Zustande, wie sie der Vater übernahm, nicht mehr vorhanden, ohne daß es dem Vater gelingt, nachzuweisen, daß ihn eine Schuld nicht treffe, so hat er den Werth zu vergüten, den sie zur Zeit der Uebernehmung hatten.

Drittes Kapitel.

Die außerordentliche Begründung der väterlichen und elterlichen Rechte.

§ 59. Legitimation durch nachfolgende Ehe.[1]

I. Dem älteren deutschen Recht galt Erzeugung in der Ehe als einzige Begründung der väterlichen Vormundschaft; weder Legitimation unehelicher Kinder durch Ehe mit der Mutter, noch durch landesherrliches Reskript war ihm bekannt.[2] Erst das kanonische Recht brachte den Satz, welchen das römische Recht für Konkubinenkinder aufgestellt hatte,[3] zur allgemeinen Geltung, daß die Ehe die vorher durch die späteren Ehegatten mit einander erzeugten Kinder legitimire. Man erachtete dies als eine Wirkung des Sakraments der Ehe.[4] In Folge dessen trat der bisher Uneheliche in die Familie des Erzeugers und wurde verwandt mit dessen Verwandten. Es war nicht erfordert, daß die Eheleute beim Eheschluß die Absicht der Legitimation der früher geborenen Kinder hatten; es hinderte aber auch nach der Auffassung der Kanonisten, im Gegensatz zum römischen Recht,[5] Widerspruch der Kinder die Legitimation nicht.[6]

10) L. II, 2 § 279 ff., vgl. über die hier noch genannten „Effekten" L. R. I, 2 § 13.

1) L. R. II, 2 § 596 ff., vgl. Dieck Beiträge zur Lehre von der Legitimation durch nachfolgende Ehe, 1832, Stölzel das Recht der väterlichen Gewalt S. 8 ff., Wolf die legitimatio per subsequens matrimonium 1881.

2) Kraut Vormundschaft Bd. 2 S. 588.

3) l. 10, l. 11 C. de nat. lib. 5, 27; nov. 74 pr., nov. 89 cap. 8.

4) Cap. 4 X qui filii sint legitimi 4, 17. Alexander III: tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti post contractum matrimonium legitimi habeantur. Schon der Schwabenspiegel, v. Laßberg 377, erkannte diese Legitimation an.

5) Nov. 89 cap. 11.

6) Dies nach cap. 6 X qui filii 4, 17, vgl. Schulte katholisches Eherecht S. 405; die Romanisten fordern zum großen Theil Zustimmung des Kindes, vgl. Wolf S. 63, S. 73 und dort Angeführte.

II. In diesem Sinne hat das Landrecht die Legitimation durch nachfolgende Ehe aufgenommen; die Legitimation tritt von Rechtswegen, auch ohne und gegen den Willen der Betheiligten ein, sofern die sie bedingende Thatsache — die Erzeugung des Kindes durch den nachherigen Ehemann der Mutter — feststeht.[7] Andererseits genügt der bloße Wille des Ehemannes, die von seiner Ehefrau früher außerehelich geborenen Kinder als die seinigen zu legitimiren nicht, wenn dieselben nicht von ihm erzeugt waren.

a) Die natürliche Vaterschaft des Ehemannes ist aus der Heirath mit der Mutter der außerehelichen Kinder allein nicht zu folgern.[8] Es bedarf hierzu weiteren Beweises. Solcher ist zu finden in dem Anerkenntniß des Ehemannes der Mutter jener Kinder. Dasselbe kann außergerichtlich, es kann mündlich oder schriftlich und selbst stillschweigend[9] abgegeben sein. Es reicht daher aus, daß der Ehemann das Kind stets als das seine behandelte, unter Anderem mag in das Gewicht fallen, daß er es nach seinem Namen benennen ließ. Anerkenntniß vor wie nach Abschluß der Ehe, und selbst nach deren Auflösung genügt.[9a] Gegenüber der Anerkennung durch den Ehemann steht Jedem, welcher hierbei ein Interesse hat, und namentlich auch dem Ehemann selbst, sowie dem außerehelichen Kinde — wenn es bevormundet ist, dessen Vormund — der Nachweis offen, daß der Ehemann das anerkannte Kind nicht erzeugt habe, z. B. weil er in der kritischen Zeit abwesend war.[10] Auf Grund der Anerkennung des Ehemannes kann die Eintragung des Kindes als eines ehelichen in die Geburtsregister nur erfolgen, wenn die Anerkennung gerichtlich oder notariell oder vor dem Standesbeamten abgegeben ist.[11] Der durch formlose Anerkennung Legitimirte hat das Recht, behufs Berichtigung des Geburtsregisters ein Anerkenntniß in der hierzu nöthigen Form zu fordern.

---

7) L. R. II, 2 § 596. Striethorst Archiv Bd. 18 S. 268, R. G. Bd. 31 S. 304.

8) Witte Intestaterbrecht S. 13 n. 5 nimmt an, in der Heirath mit der Mutter außerehelicher Kinder liege die stillschweigende Anerkennung der letzteren; vgl. hiergegen Gruchot Beiträge Bd. 17 S. 815 ff.

9) R. G. Bd. 25 S. 207.

9a) Gruchot a. a. O. S. 815 ff.

10) Striethorst Archiv Bd. 99 S. 212, Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 11 S. 62. Vgl. für das gemeine Recht Seuffert Bd. 21 n. 200 und Bd. 22 n. 287. Dem Ehemann steht nicht bloß die Anfechtung seiner Anerkennung im Falle eines Irrthums, Simulation, Zwangs oder ähnlicher Willensmängel offen, vielmehr ist er zum Nachweis der Nichterzeugung befugt, R. G. Bd. 31 S. 304. Die Anerkennung bildet hier ein Zeugniß, nicht eine Willensdisposition; vgl. oben Bd. 1 § 81 zu Anf.

11) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 25. Zuständig ist nach § 17 des Gesetzes der Standesbeamte, welcher für die Eintragung des Geburtsaktes zuständig war; außerdem ist rechtswirksam die in und mit dem Heirathsakt der Eltern des Kindes abgegebene Erklärung bei dem die Ehe vollziehenden Standesbeamten, Kam. Ger. Bd. 2 S. 302, und R. G. in Strafsachen Bd. 2 S. 17 und 20.

b) Die Thatsache der vorehelichen Erzeugung durch den Ehemann der Mutter kann auch im Prozeßwege zur Feststellung gebracht werden.[12] Es genügt der Nachweis, daß der spätere Ehemann der Mutter des unehelichen Kindes in dessen Zeugungszeit, also vom 210. bis 285. Tage vor der Geburt desselben, geschlechtlich beiwohnte. Der Gegenbeweis, welcher den Ansprüchen unehelicher Kinder sonst entgegensteht, daß die Geschwängerte sich in der fraglichen Zeit mit Anderen gleichfalls einließ oder daß sie geschlechtlich bescholten war, ist hier nicht zulässig.[13]

c) Die Legitimation vollzieht sich mit dem Abschluß der Ehe, wenn auch die Vaterschaft erst später festgestellt wird.[14] Es erhalten auch die ehelichen Kinder bereits verstorbener unehelicher Kinder durch die spätere Ehe der Großeltern die Rechte legitimer Enkel.

d) Nur eine gültige Ehe hat die Wirkung der Legitimation, nicht eine nichtige oder für ungültig erklärte.[15]

e) Vielfach führten die Kanonisten die Legitimation durch die Ehe auf die Fiktion zurück, daß zu Gunsten der Kinder die Ehe als bereits zur Zeit der Konception vorhanden unterstellt werde.[16] Man verlangte hiernach, daß bereits in jener Zeit die rechtliche Möglichkeit der Ehe zwischen den Konkumbenten bestand. Aus dieser s. g. fictio retrotractiva begründete man, daß im Ehebruch erzeugte Kinder durch nachfolgende Ehe der natürlichen Eltern nicht legitimirt werden könnten, weil diese sich zur Zeit jener Zeugung noch nicht mit einander verehelichen konnten. Jene Fiktion ist aber weder nach gemeinem[17] noch nach preußischem Recht haltbar. Es können also auch im Ehebruch erzeugte Kinder legitimirt werden.[18]

f) Die Legitimation durch nachfolgende Ehe giebt den Legitimirten dieselben Rechte und Pflichten, wie wenn sie ehelich erzeugt wären. Daher treten

---

12) Die Klage ist, so lange der angebliche Vater lebt, gegen diesen anzustellen, das Urtheil ihm gegenüber macht Jedermann gegenüber Recht. Ist er bereits verstorben, so kann sie gegen Jeden, der die Legitimität in Abrede stellt, erhoben werden. Das Urtheil macht dann nur Recht unter den Parteien, vgl. Striethorst Archiv Bd. 79 S. 199.

13) Entsch. des O. Trib. Bd. 64 S. 218. R. G. Bd. 25 S. 207 und dort Angef. Das Schwängerungsgesetz vom 24. April 1854 § 9 — unten § 70 — ist also hier unanwendbar.

14) L. R. II, 2 § 598.

15) Anders viele Kanonisten beim matrimonium subsequens putativum, vgl. Schulte katholisches Eherecht S. 405 Anm. 19.

16) Siehe Schulte katholisches Eherecht S. 402 über diese s. g. fictio retrotractiva.

17) Die Legitimationsmöglichkeit verneint allerdings c. 6 X qui filii sint legitimi 4, 17. Der Grund lag aber darin, daß damals die spätere Ehe zwischen Ehebrechern unzulässig war, was nach den späteren Dekretalen wegfiel. Man nimmt an, daß, nachdem eine derartige Ehe zulässig geworden ist, auch eine Legitimation durch dieselbe trotz des Kap. 6 eintrete, da die Voraussetzungen der Dekretale sich geändert haben. Dieck a. a. O. S. 143 ff. Vangerow Bd. 1 § 255 Anm. 2, Wolf a. a. O. S. 49.

18) R. G. Bd. 25 S. 205 und dort Angeführte.

sie in die väterliche Gewalt ein, wenn deren sonstige Voraussetzungen gegeben sind, desgleichen in die Familie des Vaters. Sie werden also mit allen Verwandten desselben verwandt. Die bisherige Vormundschaft erlischt. Sie erwerben die Staatsangehörigkeit[19] und Namen und Stand des Vaters. —[20][21]

Diese Folgen treten mit der Eheschließung ein. Rückwirkende Kraft hat die Legitimation nicht.[22][23]

§ 60. Legitimation durch Reskript.[1]

I. Die römische Legitimation der Konkubinenkinder durch Reskript des Regenten hatte zur Voraussetzung einen Antrag des Vaters oder eine den Antrag der Kinder begründende letztwillige Verordnung desselben, ferner daß dem Vater die Ehe mit der Mutter der Kinder nicht möglich oder doch nicht zuzumuthen war, endlich daß keine ehelichen Kinder des Legitimirenden vorhanden waren.[2] Als diese Legitimation in Deutschland aufkam, legte man ihr Anfangs keine andere Wirkung bei, als Aufhebung der Recht-

---

19) Bundesgesetz vom 1. Juni 1870 § 4, unter Verlust der früheren, daselbst § 13 Ziff. 4. Es gilt dies auch von Legitimation durch Reskript, unten § 60 Anm. 10.

20) Sie erhalten auch den Adel des Vaters, und sind in Lehen und Fideikommisse successionsfähig, soweit bei der Stiftung nichts Anderes bestimmt ist.

21) Brautkindern, d. h. von rechtsgültig Verlobten Erzeugten, gewährte eine weitverbreitete gemeinrechtliche Praxis die Rechte ehelicher Kinder. Das L. R. II, 2 §§ 592. 597 gab die Legitimation unehelichen Kindern, wenn ihrer Mutter durch richterlichen Ausspruch die Rechte einer Ehefrau beigelegt wurden, sowie auch Brautkindern im Falle gerichtlicher Erklärung des Vaters. Diese Bestimmungen sind in Preußen aufgehoben durch das Gesetz vom 24. April 1854 § 22, für die landrechtlichen Bezirke Hannovers in Folge des Gesetzes vom 1. März 1869 Ziff. 12. Sie gelten noch in Bayern im Bezirke des A. L. R. Roth bayerisches C. R. Bd. 2 § 91 Anm. 27. Ueber das gemeine Recht vgl. R. G. Bd. 5 S. 168 ff. Das Reichsgericht stellt die allgemeine Zulässigkeit eines Verfahrens in Abrede, wonach der Verlobten die Rechte einer geschiedenen Frau, dem Kinde die eines durch nachfolgende Ehe Legitimirten richterlich beigelegt wird; desgleichen spricht es den Brautkindern gemeinrechtlich ein Intestaterbrecht gleich ehelichen Kindern ab.

22) Der Legitimirte erlangt also kein Erbrecht gegenüber einem vor der Eheschließung verstorbenen Verwandten seines Vaters. Entsch. des O. Trib. Bd. 32 S. 406.

23) Unrichtig ist die Behauptung von Zürn Eherecht S. 224, daß sich die Frage, ob ein Kind durch nachfolgende Ehe legitimirt sei, nach dem Ort der Eheschließung entscheide. Dieser Ort als solcher ist vielmehr für diese Frage ganz unerheblich. Aber richtig ist es auch nicht, wenn Eccius Bd. 4 § 220 Anm. 35 meint „ob durch die Ehe eines im Auslande wohnhaften Preußen, der dort heirathet, seine vorehelichen Kinder legitimirt werden, beantwortet sich nach dem Gesetze des ausländischen Wohnorts." Offenbar ist es unerheblich, ob er dort heirathet oder irgendwo anders. Hiervon abgesehen ist das Entscheidende der Wohnort des unehelichen Kindes, um dessen Status es sich in erster Linie handelt.

1) L. R. II, 2 § 601 ff. Stölzel — oben § 47 Anm. 1 — S. 10 ff.

2) Nov. 74 pr. cap. 1 und 2, nov. 89 cap. 9.

losigkeit unehelicher Kinder.[3] Später erkannte man an, daß sie den Legitimirten dem Vater gegenüber das Recht ehelicher Kinder gewähre. Der gemeinrechtliche Satz aber, wonach der durch Reskript Legitimirte auch den Verwandten des Vaters gegenüber als ehelich gilt, ging in das deutsche Rechtsleben nur unter Widerspruch über.[4]

II. Auch das Landrecht kennt eine Legitimation durch landesherrliches Reskript. Sie wird im ganzen Gebiete der Monarchie vermöge königlichen Auftrags durch den Justizminister, sofern es sich aber um Führung eines adeligen Namens handelt, unmittelbar vom König ertheilt.[5] Der Legitimation geht eine Sachprüfung voraus; im Falle eines Bedenkens ist das Kind, und wenn dasselbe minderjährig ist, sein Vormund zu vernehmen; wesentlich ist die Zustimmung des Kindes nicht.[6] Man erfordert Antrag des Vaters, oder Antrag des Kindes oder seiner Vertreter auf Grund einer letztwilligen Verfügung des Vaters.[7] Die Angelegenheit wird nicht willkürlich als Gnadensache, sondern nach Rechtsgrundsätzen erledigt. Die Legitimation pflegt nicht ertheilt zu werden, wenn die Ehe mit der Mutter thunlich ist. Die s. g. fictio retrotractiva, wonach man zur Grundlage nimmt, daß die Konkumbenten zur Zeit der Erzeugung Eheleute gewesen seien, wird zwar nicht grundsätzlich vom Justizministerium aufgestellt, erscheint aber von bestimmendem Einfluß auf dessen Praxis. Wo sich die Ehe der Eltern als zur Zeit der Zeugung nicht möglich darstellt, wurde die Legitimation meist versagt. So bezüglich der im Ehebruch, sowie der durch Blutschande Erzeugten, und in einem dem gemeinen Recht angehörigen Falle bezüglich der Kinder eines katholischen Geistlichen.[8] Das Letztere wird derzeit, nachdem ein bürgerliches Ehehinderniß im geistlichen Stande nicht mehr liegt, kaum festzuhalten sein.

Diese Legitimation ertheilt dem Kinde den Stand, in der Regel auch den Adel des natürlichen Vaters. Sie gewährt dem Vater gegenüber alle Rechte und Pflichten des ehelichen Kindes,[9] so daß gegenseitig Recht auf Alimentation und Intestaterbfolge besteht. Die ehelichen Kinder des Legitimirenden sind Halbgeschwister des Legitimirten. Zu den übrigen Ver-

3) Kraut Vormundschaft Bd. 2 S. 589. Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 153 Anm. 18.

4) Vgl. Wernher obs. for. t. 2 p. 6, obs. 318. Leyser ad Pand. vol. 1 spec. 19 corr. 3. Es werden in der Mark auch in diesem Punkte die landrechtlichen Vorschriften angewendet, v. Scholtz-Hermensdorff Provinzialrecht der Kurmark Bd. 2 S. 63.

5) Stölzel a. a. O. S. 11 Anm. 40.

6) L. R. II, 2 § 602, Striethorst Archiv Bd. 18 S. 268.

7) Justiz Min. Bl. 1874 S. 137. Gegen die Zulässigkeit einer Legitimation auf Grund letztwilliger Verfügung erklärt sich Eccius Bd. 4 § 219 Anm. 46.

8) Stölzel a. a. O. S. 11 a. E., S. 12.

9) L. R. II, 2 § 603.

wandten des Vaters tritt aber der durch Reskript Legitimirte in das Verhältniß eines ehelichen Kindes nur durch Familienvertrag. Auch im Verhältniß zu den Verwandten der Mutter ändert sich ohne deren ausdrückliche Einwilligung nichts an der Stellung des Legitimirten.

Das durch Reskript legitimirte Kind eines Deutschen erwirbt die Staatsangehörigkeit des legitimirenden Vaters.[10]

§ 61. Annahme an Kindesstatt.[1] Einleitung.

I. Dem älteren deutschen Rechte war eine Kindesannahme fremd.[2] Erst das römische Recht bürgerte sie ein, doch ist die Adoption in ihrer römischen Gestalt in das praktische Recht Deutschlands nie übergegangen.

Das justinianische Adoptionsrecht entbehrt der Einheitlichkeit. Die ursprüngliche Bestimmung der römischen Adoption war Begründung der väterlichen Gewalt über das Adoptivkind und Aufnahme desselben unter die Agnaten des Adoptivvaters. Justinian aber schuf die adoptio minus plena, welche zur einzigen Rechtsfolge Begründung eines Intestaterbrechts zu Gunsten des Adoptivkindes hatte und stets eintrat, wenn ein Hauskind einem Nichtascendenten zur Adoption gegeben wurde.[3] Schon früher hatte man die Adoption durch eine Frau im Falle des Verlustes ihrer leiblichen Kinder gestattet.[4] In beiden Fällen war von väterlicher Gewalt und Begründung des Agnatenverhältnisses keine Rede. Althergebracht war der Gegensatz zwischen Adoption und Arrogation. Adoption war die Kindesannahme eines Hauskindes, sie gründete sich in der Machtbefugniß des Hausvaters, und erfolgte durch eine zwischen dem natürlichen Vater und dem Adoptivvater in Gegenwart des Kindes zu gerichtlichem Protokoll erklärte Vereinbarung;[5] Arrogation war die Kindesannahme eines gewaltfreien Menschen, sie war ein Akt der Staatsgewalt und vollzog sich durch landesherrliches Reskript.

In Deutschland bestand das Bestreben, adoptio plena und minus plena, arrogatio und adoptio zu verschmelzen. Der Grad des Mehr oder Weniger hing von dem mehr oder weniger freien Standpunkte ab, welchen die Praxis des betreffenden Landes zu den Satzungen des römischen Rechts einnahm.[6]

---

10) Bundesgesetz vom 1. Juni 1870 §§ 4, 13 Ziff. 4, oben § 59 Anm. 19.

1) L. R. II, 2 §§ 666—716. Stölzel das Recht der väterlichen Gewalt S. 12 ff. Delius die Adoption im Geltungsgebiete des A. L. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 501.

2) Sie findet sich im nordischen und langobardischen Recht, Rive Zeitschrift für Rechtsg. Bd. 3 S. 228.

3) l. 15 pr., l. 23 D. de adoptionibus 1, 7, l. 10 C. de adoptionibus 8, 48.

4) l. 5 C. eod. 8, 48.

5) l. 2 D. de adoptionibus 1, 7. l. 11 C. eod. 8, 48.

6) Stölzel a. a. O. S. 13.

In einigen deutschen Landen ließ man Adoptionen nur durch kaiserliche oder landesherrliche Reskripte erfolgen, behandelte sie also als besondere Gnadensache.[7] Anderwärts wurden Adoption und Arrogation ohne Unterschied durch die Gerichte vollzogen. Dem deutschen Rechtsbewußtsein entsprechend fand man ferner in der Adoption Begründung eines Kindesverhältnisses und faßte die Begründung der väterlichen Gewalt nur als Folge, nicht als Bedingung des Verhältnisses auf. Daher gestand man auch den Kindern der Adoptirten, insbesondere der adoptirten Frau, Erbrechte gegen den Adoptirenden zu[8] und erkannte ein Familienverhältniß zu den Agnaten des Adoptivvaters nicht an Die Adoption durch Frauen wurde in mehreren Landestheilen schlechthin zugelassen, überwiegend Eheleuten gemeinsame Kindesannahme gestattet.[9]

II. Einen unverfälschten Ausdruck erhielt das deutsche Rechtsbewußtsein im preußischen Landrecht. Dasselbe unterscheidet nicht zwischen adoptio plena, welche nach deutscher Vorstellung viel zu weit gehende, und zwischen der adoptio minus plena, welche unzureichende Befugnisse giebt. Die Kindesannahme begründet stets elterliche Rechte, berührt aber an sich die Verhältnisse der Verwandten der Adoptirenden nicht. Das Landrecht unterscheidet auch nicht zwischen Arrogation und Adoption.

Bezeichnend ist, daß diese Bestimmungen des zweiten Titels des zweiten Theiles des Landrechts auch in der Mark Brandenburg Anwendung finden.[10] Sie gelten eben im Wesentlichen als Ausdruck der Rechtsgedanken, welche bereits die gemeinrechtliche Praxis zu verwirklichen suchte.[11]

§ 62. Begründung des Adoptionsverhältnisses.

1. Die Kindesannahme soll Ersatz der Elternfreude an leiblichen Kindern bilden, daher sind nicht zur Kindesannahme befähigt Personen, welche leibliche eheliche Kinder am Leben haben,[1] ferner nicht Personen unter 50 Jahren.[2] Noch nicht fünfzigjährigen kann die Kindesannahme durch den Landesherrn

---

7) Vgl. Stölzel bei Gruchot Bd. 23 S. 329. So in Kurhessen und Schleswig-Holstein. Auch die „Pfalzgrafen" vollzogen Adoptionen.

8) So nunmehr insbesondere R. G. Bd. 6 S. 171.

9) Stölzel väterliche Gewalt S. 14.

10) v. Scholtz-Hermensdorf Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg Bd. 2 S. 56.

11) Stölzel väterliche Gewalt S. 15.

1) L. R. II, 2 § 671. Aehnliches beachteten die Römer bei der Arrogation, ohne eine strikte Regel daraus zu machen, l. 17 § 3 D. de adopt. 1, 7.

2) L. R. II, 2 § 668. Die Römer untersuchten bei der Arrogation: num forte minor sexaginta annis sit, qui adrogat, quia magis liberorum creationi studere debeat, nisi forte morbus in causa sit u. s. f. l. 15 § 2 D. l. c. Häufig hat man früher diese Altersgrenze gemeinrechtlich als Erforderniß für alle Adoptionen angesehen.

gestattet werden, wenn nach ihrem körperlichen oder Gesundheitszustand die Erzeugung natürlicher Kinder nicht zu vermuthen ist. Die Dispensation erfolgt durch den Landesherrn, welcher aber die Ausübung dieser Befugniß dem Justizminister übertragen hat.[3]

Zur Kindesannahme sind entsprechend ihrem Zwecke Weiber, wie Männer befugt;[4] Ehefrauen bedürfen der Zustimmung ihrer Ehemänner.[5] Eheleute können Kinder gemeinschaftlich annehmen.[6]

2. Der Gedanke römischer Juristen, daß die Adoption als Nachbildung der Natur zu behandeln sei, hat im preußischen Recht insofern Aufnahme gefunden, als der Annehmende älter sein muß als das Adoptivkind.[7] Auch wurden Personen, welche vermöge ihres Standes zur Ehelosigkeit verpflichtet sind, von der Befugniß, an Kindesstatt anzunehmen, ausgeschlossen.[8] Kastraten aber sind nicht unfähig zur Adoption.

Die Einwilligung der Eltern des Annehmenden ist nicht unerläßlich; haben sie die Einwilligung nicht ertheilt, so wird durch die Kindesannahme an ihren Pflichttheilsansprüchen nichts geändert.[9]

3. Adoptirt werden können uneheliche Kinder auch von ihrem Erzeuger, was Justinian verbieten wollte.[10] Adoption von Ausländern ist zulässig, bewirkt aber den Erwerb der Staatsangehörigkeit nicht ohne Zustimmung der Staatsregierung.[11]

4. Nothwendig ist die Einwilligung des mündigen Kindes.[12] Ist der Vater des zu Adoptirenden noch am Leben, so ist dessen Zustimmung

---

3) L. R. II, 2 § 669. Vgl. Stölzel bei Gruchot Bd. 23 S. 323 ff.

4) L. R. II, 2 § 674.

5) L. R. II, 2 § 675. Der Ehemann kann ohne Einwilligung seiner Frau Kinder annehmen. Es wird jedoch in diesem Falle am Erbrecht der Frau in den Nachlaß des Mannes nichts geändert, L. R. II, 2 § 676. Vgl. auch unten § 63 Anm. 13.

6) Vgl. L. R. II, 2 § 687.

7) L. R. II, 2 § 677. Die Römer der späteren Kaiserzeit forderten, daß das Adoptivkind 18 Jahre jünger sei als der Adoptivvater, § 4 J. de adopt. 1, 11.

8) L. R. II, 2 § 670. Es bezog sich dies auf katholische Geistliche und Ordensleute. Da aber das Recht in diesem Stande derzeit kein Ehehinderniß sieht, so möchte die Bestimmung kaum mehr Geltung haben. Vgl. oben § 60 nach Anm. 8.

9) L. R. II, 2 §§ 672, 673.

10) Nov. 74 cap. 3, nov. 89 cap. 7, 11 § 2. Das Landrecht verbietet die Adoption Unehelicher durch den Erzeuger nicht, läßt sie also zu. Koch meint zwar zum § 677 des Titels: ein Bedürfniß sei nicht zu dieser Anwendung des Instituts. Es ist aber diese Anwendung gerade eine häufige und auch nicht selten eine entsprechende.

11) Unten § 63 Anm. 3. Die gerichtliche Bestätigung des Adoptionsvertrages soll erst erfolgen, nachdem der Regierungspräsident darüber gehört ist, ob der Aufnahme des Adoptirten in den preußischen Staatsverband etwas entgegensteht. Justiz Min. Bl. v. 1886 S. 53. Auf nichtpreußische Angehörige des deutschen Reiches ist dies nicht zu beziehen Eccius Bd. 4 § 220 Anm. 14.

12) L. R. II, 2 § 678, oben Bd. 1 § 73 bei Anm. 4.

erforderlich, selbst wenn seine väterliche Gewalt nicht mehr besteht.[13] Bei Bevormundeten ist außer der Einwilligung des Vormundes Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nöthig.[14]

5. Die Form der Adoption ist ein schriftlicher Vertrag zwischen dem Annehmenden und dem zu Adoptirenden oder dessen gesetzlichem Vertreter. Der Vertrag bedarf der Bestätigung Seitens des Amtsgerichts, bei welchem der Annehmende seinen persönlichen Gerichtsstand hat; sie hat nur nach Feststellung sämmtlicher Voraussetzungen zu erfolgen.[15]

6. Die Adoption kann nicht unter Bedingungen oder Zeitbestimmungen geschehen.[16] Sind daher solche im schriftlichen Vertrage enthalten, so müssen sie eingetreten sein, ehe die gerichtliche Bestätigung erfolgen kann.

§ 63. Wirkungen der Kindesannahme. Endigung.

1. Die Kindesannahme bringt das angenommene Kind in dasselbe Verhältniß zum Annehmenden, wie wenn es dessen leibliches eheliches Kind wäre.[1] Die Vermögensrechte der Eltern gegenüber leiblichen Kindern haben aber Adoptiveltern gegenüber den Angenommenen nicht.[2] Das Einzelne ist Folgendes.

a) Das Adoptivkind erhält des Adoptivvaters Namen und Stand, soweit der letztere dessen leiblichen Nachkommen zu Theil wird. Die Staatsangehörigkeit wird durch die Adoption nicht berührt.[3] Den Adel des Adoptivvaters erwirbt das Adoptivkind nur unter besonderer landesherrlicher Genehmigung;[4] der Adelige, welcher von einem Bürgerlichen adoptirt wird, verliert den Adel nicht.[5] Der von einem Weibe Angenommene erhält in entsprechender Weise Geschlechtsnamen und Stand der Adoptirenden; Namen und Stand des gewesenen Ehemannes derselben geht nur in Folge landesherrlicher Einwilligung auf den Angenommenen über.[6] Der Adoptirte kann seinen Geschlechtsnamen beibehalten und ihn mit seinem Adoptivnamen verbinden.

---

13) L. R. II, 2 § 679.

14) L. R. II, 2 § 680. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 42 Ziff. 2.

15) L. R. II, 2 § 667. Die Verordnung vom 2. Januar 1849 § 14 setzte an die Stelle des Obergerichts der Provinz das Gericht erster Instanz, das Ausführungsgesetz vom 24. April 1878 zum G. V. G. § 26 Abs. 2 übertrug die Bestätigung dem Amtsgericht. Ueber den Fall, daß der Adoptirende vor der Bestätigung verstarb, vgl. Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 9 S. 61, Eccius Bd. 4 § 220 Anm. 3, oben Bd. 1 § 102 bei Anm. 7.

16) Oben Bd. 1 § 86 bei Anm. 9, l. 34 D. de adopt. 1, 7.

1) L. R. II, 2 § 681.

2) L. R. II, 2 § 694.

3) Bundesgesetz vom 1. Juni 1870 § 2 Abs. 2. Vgl. oben § 62 Anm. 11.

4) L. R. II, 2 § 684. Anhang § 100 zu L. R. II, 2 § 667, Haßenstein bei Gruchot Bd. 19 S. 734.

5) L. R. II, 2 § 685.

6) L. R. II, 2 §§ 688. 689.

b) Die persönlichen Rechte und Pflichten, welche aus dem Elternverhältniß entspringen, bestehen auch zwischen den Adoptirenden und dem angenommenen Kinde.[7] Dies erstreckt sich auch auf die Alimentationsverbindlichkeit. Der Adoptivvater erhält die väterliche Gewalt wie über ein leibliches Kind, soweit es sich um die aus ihr entspringenden persönlichen Rechte handelt.

c) Das Adoptivkind seinerseits hat gegenüber den Adoptiveltern auch dieselben Vermögensansprüche, z. B. auf Ausstattung, und insbesondere dieselben Erbansprüche und Pflichttheilsrechte, wie ein leibliches Kind. Dagegen haben die Adoptiveltern keine Vermögensrechte und keine Erbansprüche gegenüber dem angenommenen Kinde.[8] Insbesondere hat der Adoptivvater nicht den Nießbrauch und die Verwaltung des Kindesvermögens.

Da auch die Gewalt des leiblichen Vaters erlischt und sein Recht auf Nießbrauch und Verwaltung am Vermögen des Kindes hiermit aufhört, so wird dasselbe freies Kindesvermögen. Das Kind verwaltet es daher selbständig im Falle seiner Großjährigkeit, und durch einen Pfleger, wenn es minderjährig ist.[9] Weder der leibliche Vater noch der Adoptivvater ist vom Gesetz zur Pflegschaft berufen; es ist dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts überlassen, ob es einen von ihnen beruft.[10] Der Berufene ist zu verpflichten.

d) Der Adoptionsvertrag kann Abänderungen der vorstehenden Bestimmungen treffen, soweit hierdurch das Wesentliche des Geschäfts, — die Her-

---

7) L. R. II, 2 § 681. Vgl. R. G. Bd. 24 S. 250 über das Recht der unehelichen Mutter bezüglich ihres zur Adoption gegebenen Kindes. — Die Bestimmung der religiösen Erziehung des Kindes bis zum vollendeten 14. Jahre steht den Adoptiveltern zu, vgl. Anhang § 104 zu L. R. II, 2 § 754, unten § 64 Anm. 6.

8) L. R. II, 2 §§ 691. 692. 694.

9) Es ist dies bestritten. Die Meisten nehmen an, daß der leibliche Vater in dieser Eigenschaft die Verwaltung des Vermögens seines minderjährigen Kindes nach dessen Adoption behält, und daß dies väterliche Recht durch die Vormundschaftsordnung nicht berührt sei. So noch Dernburg-Schulzenstein § 55 Anm. 4, ferner Rehbein und Reincke zu § 698. Der Zusammenhang der Vorschriften des A. L. R. führt aber zu einem anderen Ergebniß. Denn es verliert der leibliche Vater Nießbrauch und Verwaltung, wenn das angenommene Kind großjährig ist § 695, ist es minderjährig, so hört nur der Nießbrauch auf § 697, nicht die Verwaltung § 696, sie geschieht aber auf Rechnung des Kindes § 698. Dies ergiebt als Grundgedanken des Gesetzes, daß zwar Nießbrauch und Verwaltung des Vaters als solchen aufhören, daß er aber bezüglich des Vermögens des minderjährigen Kindes die gesetzliche Kuratel hat. Hiernach gehört die Vorschrift des § 696 dem Vormundschaftswesen an und ist, da die V. O. vom 5. Juli 1875 eine gesetzliche Pflegschaft nicht kennt, beseitigt. So auch Eccius Bd. 4 § 220 Anm. 24.

10) L. R. II, 2 §§ 699. 700 erachte ich als zu Recht bestehend. V. O. § 17 Ziff. 1 ist auf diesen Fall nicht entsprechend anzuwenden, da die Gründe, welche im Allgemeinen dafür sprechen, dem Adoptirenden vormundschaftliche Rechte zu sichern, nicht in gleichem Maße für ein Recht auf die Pflegschaft bezüglich des bei der Adoption vorhandenen Kindesgutes sprechen.

stellung der persönlichen Rechte und Pflichten wie zwischen Eltern und Kindern — nicht berührt wird.[11]

e) In Folge der Adoption treten die damals vorhandenen, wie die später erzeugten Abkömmlinge des Adoptivkindes gegen die Adoptiveltern in dasselbe Verhältniß wie leibliche Nachkommen.[12] Sonst aber gewinnen die Adoptirten zur Familie des Adoptirenden, auch zu etwa nachher geborenen Kindern desselben, kein Verwandtschaftsverhältniß, soweit nicht ein Familienvertrag etwas Anderes festsetzt.[13]

f) Zwischen dem Adoptivkinde und seinen leiblichen Verwandten bleiben die bisherigen Rechte und Pflichten bestehen,[14] soweit sie nicht, wie die väterliche Gewalt des leiblichen Vaters, mit der Adoption unvereinbar sind.

g) Das Adoptionsverhältniß kann nicht, wie nach römischem Recht,[15] durch einseitigen Entschluß des Adoptirenden aufgehoben werden, vielmehr muß über die Aufhebung Seitens aller Interessenten ein schriftlicher Vertrag geschlossen werden, welcher gerichtlich bestätigt wird.[16] Das Elternverhältniß bleibt bestehen, wenn die väterliche Gewalt des Adoptirenden in Gemäßheit der allgemeinen Regeln, z. B. durch getrennte Wirthschaft des Sohnes oder Heirath der Tochter, aufhört. Die Rechte der Adoptiveltern werden aufgehoben oder beschränkt oder ruhen in gleicher Weise wie die Rechte leiblicher Eltern.[17]

h) Hat der Adoptirende sich mit dem Adoptivkinde verheirathet, so erlischt das Adoptionsverhältniß, wenn die Ehe gültig wird. Wird die Ehe für ungültig erklärt, so verliert zwar der Annehmende die Rechte bezüglich des Kindes, nicht aber das Kind seine Rechte gegen den Annehmenden.[18]

§ 64. Pflegekinder.

1. Das Landrecht hat das im Leben nicht seltene Verhältniß von Pflegekindern zu ihren Pflegeeltern, für welches das gemeine Recht keine Normen aufstellt, besonders geordnet.[1]

---

11) Vgl. L. R. II, 2 § 704.

12) L. R. II, 2 § 707. Dies natürlich unbeschadet des oben bei Anm. 8 Bemerkten.

13) L. R. II, 2 § 708 ff. Nach L. R. II, 2 § 686 soll zwischen der Frau des Adoptivvaters, die nicht adoptirt, und dem Adoptivkind ein Stiefverhältniß entstehen. Ehehinderniß im Sinne des R. G. vom 6. Februar 1875 § 33 Ziff. 3 — oben § 15 nach Anm. 14 — ist dies gleichwohl nicht.

14) L. R. II, 2 § 712.

15) Doch ist dies bestritten, vgl. Windscheid Bd. 2 § 525 Anm. 12.

16) Vgl. L. R. II, 2 § 714. Bei der Entlassung Minderjähriger wird man außerdem die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu fordern haben.

17) L. R. II, 2 § 716.

18) L. R. II, 1 § 987 ff. Das hier für den Adoptivvater Bestimmte wäre entsprechend auch auf die Adoptivmutter zu beziehen.

Es genügt nicht, daß man thatsächlich ein fremdes Kind in Pflege nimmt, vielmehr ist erfordert, daß die natürlichen Eltern entweder das Kind verlassen haben,[2] d. h. daß sie die Absicht an den Tag gelegt haben, die elterlichen Pflichten und Rechte dauernd aufzugeben, oder daß die Eltern ihr Kind den Pflegeeltern dauernd durch Vertrag überließen, ohne sich vorzubehalten, über die Weise der Erziehung eine Kontrole auszuüben, und unter Verzicht auf die Zurückforderung des Kindes.[3][4]

2. Die Pflegeeltern erlangen die persönlichen Rechte natürlicher Eltern.[5] Sie haben daher namentlich das Recht der Erziehung, der elterlichen Zucht, der Bestimmung der Religion bis zum vollendeten 14. Jahre,[6] der Wahl des Lebensberufes für das Kind.[7] Das Landrecht bestimmte weiter zweckmäßigerweise, bei der Verheirathung der Pflegekinder sei die Einwilligung des Pflegevaters und nicht der leiblichen Eltern erforderlich.[8] Dies gilt aber als durch das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 aufgehoben.[9]

---

1) L. R. II, 2 § 753 ff. Es ist dies Verhältniß um deswillen häufig, weil die Adoption für die Regel an das 50. Lebensjahr des Adoptirenden gebunden ist — oben § 62 bei Anm. 2 — daher Jüngere, welche keine Aussicht auf die Gewinnung leiblicher Kinder haben, nicht selten thatsächlich adoptiren.

2) L. R. II, 2 § 753. Suarez bemerkt in den Schlußvorträgen, Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 146: „Bei dieser Materie, worüber bisher eigentlich keine positiven Gesetze vorhanden sind, ist es meine Hauptabsicht gewesen, für die große Menge unehelicher Kinder, denen ihre Eltern Unterhalt oder Erziehung nicht geben können oder wollen, dadurch zu sorgen, daß andere gutdenkende Bürger des Staats durch die Rechte, welche das Gesetz ihnen jedenfalls einräumt, aufgemuntert werden möchten, sich solcher unglücklicher Kinder desto eher anzunehmen und für die Erziehung derselben zu brauchbaren Mitgliedern des Staates zu sorgen." Diese Absicht mag nicht in erheblichem Maße erreicht sein. Todt ist deswegen das Institut, welches im Leben wurzelt, nicht geblieben, wie Koch zu § 753 und Eccius Bd. 4 § 220 Anm. 33 vermeinen. Vgl. code civil art. 361 ff. Aber freilich die Pandektenkompendien kennen es nicht; also ist es eine „Rechtserfindung".

3) L. R. II, 2 §§ 772. 773. Man hat nicht selten bestritten, daß der Pflegekindschaftsvertrag eine die Rückforderung ausschließende Wirkung habe, weil das elterliche Recht auf Erziehung und Pflege des Kindes in einer sittlichen Pflicht wurzele, deren sich die Eltern nicht entäußern könnten. So Eccius Bd. 4 § 220 Anm. 29 und der dort angeführte Hinschius. Danach müßte auch die Hingabe eines Kindes zur Adoption, weil unsittlich, rechtlich unmöglich sein. Die richtige Ansicht hat Entsch. d. O. Trib. Bd. 53 S. 161, R. G. Bd. 26 S. 231.

4) Das Strafgesetzbuch § 174 Ziff. 1 bestraft besonders Unzucht der Pflegeeltern mit dem Pflegekind. Nach R. G. in Strafsachen Bd. 3 S. 125 genügt hierzu aber nicht das bloße thatsächliche Verhältniß der Pflege und Erziehung, ist vielmehr der landesgesetzliche Begriff der Pflegkindschaft auch für das Strafrecht maßgebend.

5) L. R. II, 2 § 753.

6) Anhang § 104 zu L. R. II, 2 § 754.

7) Nach L. R. II, 2 § 755 ff. sollen Pflegeeltern Kinder von höherem oder gleichem Stande wie die eigenen erziehen, die Kinder von Eltern geringeren Standes oder unbekannter Herkunft dürfen sie nach ihrem Ermessen erziehen. Die leiblichen Eltern, beziehungsweise der Vormund der Kinder, können die Kinder zurücknehmen, wenn diese Vorschriften nicht beachtet werden; sonst sind sie hierzu nicht befugt. Vgl. § 771 L. R. II, 2.

8) L. R. II, 2 § 758, vgl. auch § 769.

3. Die Pflegeeltern haben an dem Vermögen der Kinder keine Rechte, auch entstehen zwischen Pflegeeltern und Pflegekindern durch die Verpflegung allein keine Erbrechte. Doch können die Pflegeeltern die außer dem Unterhalt und der gewöhnlichen Bekleidung gemachten Geschenke aus dem Nachlaß des Pflegekindes, soweit sie vorhanden sind, zurücknehmen.

4. Das Landrecht schrieb vor, daß Kinder gemeiner oder unbekannter Herkunft den Pflegeeltern nach Zurücklegung des 14. Jahres so viele Jahre ohne Lohn dienen sollen, als sie verpflegt wurden.[10] Dies ist jedoch nicht praktischen Rechtens.

5. Die Gewalt des leiblichen Vaters erlischt, wenn er das Kind Pflegeeltern überlassen hat.[11] Da der Pflegevater in persönlicher Beziehung die elterlichen Rechte, also auch die Gewalt hat, so wird neben ihm nur ein Pfleger im Bedürfnißfall zu ernennen sein.

6. Alle Rechte der Pflegeeltern gehen verloren, wenn sie ihren Beistand wieder zurücknehmen.[12]

§ 65. Die Einkindschaft. Begriff.[1]

Die Einkindschaft — unio prolium — hat sich in Deutschland im Anschluß an die allgemeine Gütergemeinschaft entwickelt. Schreitet ein überlebender Ehegatte, der sich mit seinen Kindern in fortgesetzter Gütergemeinschaft befindet, zu neuer Ehe, so soll die Theilung des gemeinschaftlichen Gutes vermieden werden, dieses vielmehr als Gesammtgut in die neue Ehe und Gütergemeinschaft übergehen, wogegen jene Kinder — die Vorkinder — ver-

9) Das Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 bestimmt im § 31, daß bei angenommenen Kindern an die Stelle des Vaters derjenige tritt, welcher an Kindesstatt angenommen hat. Die herrschende Meinung bezieht dies nur auf eine Annahme an Kindesstatt im Rechtssinne, nicht auf eine Annahme durch den Pflegevater. Hinschius zum § 31 des Reichsgesetzes Anm. 86, Stölzel deutsches Eheschließungsrecht S. 23 Anm. 6, Sicherer Personenstand S. 189. Fragt man freilich nach den Zwecken der elterlichen Einwilligung, so muß man eine Entscheidung beklagen, welche die Einwilligung in die Hand des thatsächlich dem Kinde oft ganz fremden leiblichen Vaters legt. Auch hätte der Wortsinn des Reichsgesetzes nicht nothwendig eine derartige Interpretation gefordert.

10) L. R. II, 2 § 764 ff. Schon bei der Redaktion des Landrechts wurden diese Bestimmungen bemängelt. Sie sind derzeit als veraltet anzusehen.

11) L. R. II, 2 §§ 753. 258.

12) Vgl. L. R. II, 2 § 771. Unter denselben Voraussetzungen, unter welchen die leiblichen Eltern die persönlichen Rechte über ihre Kinder verlieren, gehen natürlich auch die Rechte der Pflegeeltern unter.

1) L. R. II, 2 § 717 ff. Witte preußisches Intestaterbrecht S. 120 ff., Welter-Schultz eheliches Güterrecht in Westphalen § 223, Kayser Studien zum Einkindschaftsvertrag bei Gruchot Bd. 20 S. 475 ff. Vgl. noch Ringelmann historische Entwickelung und rechtliche Natur der Einkindschaft 1825, Beseler Erbverträge Bd. 2 S. 150 ff., Hillebrand Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 10 S. 420 ff., Sandhaas fränkisches eheliches Güterrecht 1866 S. 596 ff., Roth bayerisches Civilrecht Bd. 1 § 93, deutsches P. R. Bd. 2 § 157.

tragsmäßig in der neuen Ehe die Vermögensrechte aus derselben entsprossener Kinder erhalten. Das Verhältniß hat daher zunächst vermögensrechtliche Zwecke. Demgemäß wird es vielfach[2] aufgefaßt als ein Erbvertrag zwischen den beiden Ehegatten zweiter Ehe auf der einen, und den Vorkindern auf der andern Seite.[3] Allein die deutsche Auffassung ist nicht dabei stehen geblieben, bloß bezüglich der Vermögensverhältnisse die Fiktion aufzustellen, als seien die vereinten Kinder sämmtlich von derselben Mutter und von demselben Vater erzeugt. Vielmehr hat man überwiegend die so hergestellte Verbindung dadurch zu einer innigeren gemacht, daß man dem Stiefvater wie der Stiefmutter auch in persönlicher Beziehung die Stellung leiblicher Eltern gewährte.[4] Dieser Zweck ist insbesondere durch das preußische Landrecht an die Spitze gestellt und die Einkindschaft gehört daher hier zweifelsohne dem Familienrecht an; als weiterer Zweck wird bezeichnet die Begründung wechselseitiger Erbrechte zwischen den Stiefeltern und Stiefkindern.[5]

Die Beziehung der Einkindschaft zur Gütergemeinschaft ist keine Bedingung der Einkindschaft,[6] aber gewöhnlich.

§ 66. Der Einkindschaftsvertrag.

1. Die Einkindschaft wird begründet durch Vertrag, bei welchem einerseits betheiligt sind Nupturienten oder Ehegatten, andererseits Kinder aus einer früheren Ehe eines oder beider Theile oder bereits eingekindschaftete Stiefkinder[1] derselben. Nur eheliche Kinder können eingekindschaftet werden. Dahin gehören auch durch Ehe Legitimirte. Sind die Kinder minderjährig, so bedarf es außer der Einwilligung ihres Vormundes oder Pflegers der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes.[2] Einwilligung der Ascendenten der Annehmenden ist

---

2) L. R. II, 2 § 720 ff.

3) Ueber die verschiedenen Theorien vgl. Gengler D. P. R. § 173.

4) Vgl. die bei Roth bayer. Civilrecht Bd. 1 § 93 Anm. 32 angeführten fränkischen Statuten. Ein nothwendiger Bestandtheil der Einkindschaft ist allerdings die Begründung des elterlichen Rechts nicht. Dieselbe findet vielmehr nach manchen Statuten nicht statt. Wenn aber Stölzel, die väterliche Gewalt S. 17, allgemein behauptet, daß der Einkindschaftsvertrag nach neuerer gemeinrechtlicher Theorie und Praxis als Erbschafts-, nicht als Adoptionsvertrag aufzufassen sei und demnach nicht die väterliche Gewalt begründe, so ist dies nicht zutreffend; vgl. hiergegen auch Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 157 Anm. 13. Keinenfalls kann eine derartige Auffassung für das preußische Landrecht maßgebend sein, vgl. unten § 67.

5) Vgl. L. R. II, 2 §§ 717, 718.

6) Statuten, die ohne allgemeine Gütergemeinschaft die Einkindschaft kennen, siehe bei Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 157 Anm. 3.

1) Vgl. Anh. § 103 zu L. R. II, 2 § 719, siehe unten Anm. 8.

2) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 42 Ziff. 3 vgl. L. R. II, 2 § 724. Ist der natürliche Parens Gewalthaber oder Vormund zu unirender Kinder, so bedarf es, da ein Widerstreit der Interessen vorliegen kann, nach V. O. § 86 der Zuziehung eines Pflegers.

nicht unumgänglich, ertheilen sie die Zustimmung nicht, so werden ihre Pflichttheilsansprüche durch die Einkindschaft nicht berührt.[3] Die Einkindschaft wird meist vor Eingehung der neuen Ehe abgeschlossen; sie kann derselben aber auch nachfolgen.[4] Der Vertrag verlangt gerichtliche Form und Bestätigung durch das Amtsgericht, welches den Vertrag aufnahm.[5]

Ob der bestätigende Richter wie auch der Vormundschaftsrichter vor der Bestätigung oder Genehmigung Inventur oder Taxe über den Vermögensantheil der zusammenzubringenden Kinder verlangen will, hängt von seinem Ermessen ab. Bezüglich der Höhe des Vermögens der Eltern soll sich der Richter in der Regel bei deren pflichtmäßiger Angabe beruhigen.[6]

2. Da die Kinder bei der Einkindschaft ihr Vermögen — nämlich ihren Antheil an der von ihrem leiblichen Parens verwalteten Gütermasse — in die Gütergemeinschaft werfen, so soll ihnen hierfür — in der Regel — ein Voraus zugesichert werden. Dieses Voraus soll die Hälfte des von ihrem natürlichen Parens zugebrachten Gesammtvermögens betragen.[7] Es ist dies

3) L. R. II, 2 § 728 ff.

4) L. R. II, 2 § 722.

5) L. R. II, 2 § 721. Richterliche Bestätigung wird auch nach andern Landesrechten erfordert. L. R. II, 17 § 56, wonach nur der persönliche Richter zuständig war, ist durch Anhang § 147 zu L. R. II, 17 § 58 der Art abgeändert, daß jedes Gericht erster Instanz zuständig ist. Nach dem Ausführungsgesetz zum G. V. G. vom 24. April 1878 § 26 ist das Amtsgericht zuständig. Der Zuziehung eines Protokollführers bedarf es nur, wenn von den regelmäßigen Bestimmungen des Gesetzes abweichende Verfügungen auf den Todesfall getroffen werden, Präjudiz d. O. Trib. 1176. Bei Minderjährigen ist Genehmigung des Vormundschaftsgerichts und richterliche Bestätigung nöthig. Geschah die Aufnahme des Vertrags durch das Vormundschaftsgericht, so schließt dessen Genehmigung die Bestätigung in sich. R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 1014.

6) L. R. II, 2 § 727 erklärt, daß der Richter die Eltern nicht zur Offenlegung ihres Vermögens anhalten kann. Wenn dies nun auch in der Regel zur Norm dienen wird, so wird der Richter doch unter Umständen pflichtgemäß die Bestätigung des Vertrages verweigern müssen, falls ihm das Vermögen nicht offengelegt wird. Ueber die Frage, ob das Vermögen der Kinder inventarisirt und taxirt sein müsse, spricht sich das Landrecht nicht aus. Keinenfalls läßt sich nach der jetzigen Vormundschaftsordnung behaupten, daß der Vormundschaftsrichter die Einkindschaft nur genehmigen könne, wenn ihm eine Taxe vorgelegt wird, vielmehr richtet sich Alles nach den Umständen des Falles, doch wird vom Richter häufig eine Taxe erfordert werden, um eine sichere Ueberzeugung über den Nutzen der Einkindschaft zu gewinnen, vgl. Kayser bei Gruchot Bd. 20 S. 475. Viele deutsche Statuten fordern Vorlegung eines Inventars schlechthin, Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 157 Anm. 27.

7) L. R. II, 2 § 726 bestimmt, das Voraus müsse die Hälfte des Vermögens betragen, welches von den aussetzenden Eltern in die Ehe gebracht wird. Dies wurde früher meist in dem Sinne ausgelegt, daß den Kindern ihre Hälfte des zur Gütergemeinschaft gehörigen Vermögens und außerdem die Hälfte des Vermögens des zur neuen Ehe schreitenden Ehegatten zuzubilligen sei. Richtiger Ansicht nach handelt es sich jedoch nur um die Hälfte der thatsächlich eingebrachten Gesammtmasse; mit anderen Worten um ein Aequivalent für die den Kindern durch den Tod ihres Parens zu Eigenthum bereits angefallene Hälfte der Masse, vgl. auch Welter-Schultz Güterrecht in Westphalen § 219, S. 422.

indessen nicht unbedingt erforderlich, vielmehr als das schließlich Entscheidende zu erachten, ob den zu unirenden Kindern die Einkindschaft nützlich ist, wobei auf die besonderen Eigenthümlichkeiten des bezüglichen Güterrechts Rücksicht zu nehmen ist.[8]

Das Voraus ist, wenn nichts Anderes vereinbart wurde, ein vertragsmäßig zugesichertes Vorvermächtniß aus der Erbschaft des das Kind zubringenden Parens. Daher ist zu seiner Rechtsbeständigkeit erfordert, daß der Bedachte oder ein Abkömmling desselben den Tod des zubringenden Parens erlebt. Fällt in Folge des Todes eines der eingekindschafteten Kinder das diesem Zugesicherte aus, so wächst dasselbe den miteingebrachten Geschwistern nur dann an, wenn das Voraus den Kindern zusammen zugewendet, nicht wenn es Jedem der Kinder besonders zugesagt war.[9] Das Voraus erhält häufig durch den Vertrag eine andere Natur. Es kann unter Anderm dem Kinde als Sondervermögen zugewiesen sein, an welchem der Vater Nießbrauch und Verwaltung nur bis zur Fälligkeit hat, die an die Großjährigkeit oder die Verheirathung des Kindes geknüpft ist.[10] Die Fälligkeit des Voraus kann auch auf den Tod beider Eltern, oder auf die neue Verheirathung des die Einkindschaftsehe Ueberlebenden hinausgeschoben werden.

§ 67. Wirkungen der Einkindschaft. Endigung des Verhältnisses.

1. Die Wirkungen der Einkindschaft richten sich in erster Linie nach dem Vertrag,[1] welcher natürlich das Wesentliche des Verhältnisses feststellen muß, wenn er Einkindschaft begründen soll. In zweiter Linie treten folgende Bestimmungen ein.

a) Der Stiefparens erlangt bezüglich der Person des Eingekindeten alle Rechte leiblicher Eltern.[2][3] Der Einkindschaftsvater insbesondere er-

---

8) Anhang § 103 bestimmt, daß die Einkindschaft auch bei der dritten und weiteren Ehe zulässig sei mit der Einschränkung, daß in jedem Falle nur die Verletzung des Pflichttheils der Nachkinder wie der Vorkinder bei Errichtung der Einkindschaft verhütet werde. Hieraus rechtfertigt sich der Satz des Textes. Auch die Frage der etwaigen Pflichttheilsverletzung kann nur annähernd gelöst werden. Vgl. Ulrichs Archiv Bd. 8 S. 558, Präj. des O. Trib. 414.

9) Welter-Schultz a. a. O. § 230. Ob das Eine oder Andere die Meinung war, wird meist eine Auslegungsfrage bilden, deren Lösung im Einzelfalle bei nicht vorsichtiger Abfassung des Einkindschaftsvertrags Schwierigkeiten haben kann.

10) Gruchot Bd. 25 S. 1063. Es genießt dann des Vorrechts der K. K. O. § 54 Ziff. 5, oben § 57 Anm. 4. — Vgl. ferner Kam. Ger. Bd. 6 S. 137.

1) L. R. II, 2 § 731.

2) L. R. II, 2 §§ 720. 732. Es besteht gegenseitige Alimentationspflicht.

3) Man streitet darüber, ob der Einkindschaftsvater das Recht des Ehekonsenses bezüglich der Ehe seiner eingekindschafteten Kinder habe. Nach § 31 des Reichsgesetzes

wirbt die väterliche Gewalt. Doch erhalten die Kinder nicht Namen oder Stand oder Staatsangehörigkeit desselben. Auf das besondere Vermögen der angenommenen Kinder beziehen sich die Rechte des Einkindschaftsvaters nicht.[4]

Die Einkindschaft beendigt hiernach die Vormundschaft. Hat der Eingekindschaftete besonderes Vermögen, so ist ihm im Fall seiner Minderjährigkeit ein Pfleger zu bestellen.[5]

b) Mittels des Einkindschaftsvertrags verzichten die Eingekindeten auf ihre Rechte an dem von ihrem verstorbenen Parens herkommenden, der Einkindschaft gewidmeten Vermögen. Dasselbe geht regelmäßig in die Gütergemeinschaft über, in welche die Einkindschaftseltern treten, und wird deren gemeinschaftliches Eigenthum.

c) Als Ersatz für diesen Verzicht erhalten die Eingekindschafteten außer dem oben erwähnten Voraus vertragsmäßige Erbrechte gegen den Stiefparens von gleichem Umfang, wie die Intestaterbberechtigungen eigener Abkömmlinge desselben.[6] Dieselben umfassen den Gesammtnachlaß des Stiefparens, also auch das von ihm nach Beendigung der Einkindschaftsehe Erworbene.[7] Andererseits erhält zwar auch der Stiefparens wie ein leiblicher Parens Erbrecht gegenüber dem eingekindschafteten Kinde,[8] jedoch nur bezüglich des in die Einkindschaft gekommenen Vermögens, also namentlich nicht hinsichtlich dessen, was dem Kinde nach geschlossenem Einkindschaftsvertrag andersher als von den Einkindschaftseltern zufiel.[9] Diese gegenseitigen Erbansprüche haben den Umfang und den Anschein von Intestaterbberechtigungen, aber sie sind ihrem Wesen nach Vertragserbrechte. Letztwillige Verfügungen stehen den Betheiligten daher nur soweit offen, als sie sich solche

---

vom 6. Februar 1875 tritt der Annehmende bei angenommenen Kindern an die Stelle des leiblichen Vaters. Ist dies auf den Einkindschaftsvater anzuwenden? Meist wird die Frage verneint, weil Einkindschaft nicht „Adoption" sei. Dies ist zweifellos, aber das Reichsgesetz spricht nicht von Adoption, sondern von Kindesannahme. Eine solche geschieht wenigstens nach preußischem Recht auch durch einen Einkindschaftsvertrag. Denn die Stiefeltern erhalten nach L. R. II, 2 § 732 über die Person des Eingekindeten „alle Rechte leiblicher Eltern". Zwar soll die Einkindschaft nach Eccius Bd. 4 § 221 Anm. 19 „nicht den Charakter der Kindesannahme haben". Aber worin besteht dieser Charakter. In den Befugnissen oder in dem Namen? Einverstanden Welter-Schultz § 221 S. 424.

4) L. R. II, 2 § 733. Dies gilt für das bei Beginn der Einkindschaft vorhandene Sondervermögen der Kinder, wie für späteren Erwerb derselben.

5) Dernburg Vormundschaftsrecht § 88 Ziff. 3.

6) Vgl. L. R. II, 2 § 737 ff. Das Erbrecht besteht auch, wenn nur Einkindschaftskinder vorhanden sind, L. R. II, 2 § 741.

7) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 7 S. 380. Es gilt dies auch gemeinrechtlich.

8) L. R. II, 2 § 734 ff.

9) L. R. II, 2 § 745 ff.

besonders vorbehielten. Enterbung ist jedoch verstattet, wenn die gesetzmäßigen Gründe einer solchen vorliegen.[10] Auch Enterbung aus guter Absicht ist als zulässig zu erachten.[11] Die Intestaterbansprüche der eingekindschafteten Kinder gegen ihren leiblichen Parens wandeln sich in Folge des Einkindschaftsvertrags gleichfalls in vertragsmäßige um.[12]

Im Fall des Todes eines der Eltern wird nach Statutarrecht meist die Gütergemeinschaft Seitens des überlebenden Parens mit den eingebrachten, wie den eigenen Kindern fortgesetzt. Die Kinder haben in diesem Falle durch den Tod des Parens ihre Hälfte der Masse bereits dem Eigenthum nach erworben.[13] Außerdem wird ihnen in der Regel gleichzeitig das ausgesetzte Voraus verfallen, wenn der Verstorbene ihr leiblicher Parens war.

Die Einkindschaft hört mit allen ihren rechtlichen Folgen von selbst auf, wenn die Ehe, für welche sie geschlossen war, durch Ehescheidung aufgelöst wird.[14] Sie kann durch einen gerichtlichen Vertrag aller Interessenten aufgehoben werden. Ein solcher Vertrag bedarf der Genehmigung des Vormund-

---

10) L. R. II, 2 § 747 ff. Wenn hier die Aufhebung der durch den Einkindschaftsvertrag begründeten Erbfolge verboten wird, so ist die Meinung, daß auch die Verringerung der Erbansprüche nicht gestattet sein soll. Es kann daher der Stiefparens die Vorkinder, wenn keine Enterbungsgründe vorliegen, nicht auf den Pflichttheil beschränken, Entsch. des O. Trib. Bd. 2 S. 39. Gemeinrechtlich ist bestritten, ob der Einkindschaftsparens die eingekindschafteten Kinder auf den Pflichttheil setzen darf. Das R. G. hat Bd. 6 S. 168 angenommen, daß im Zweifel, d. h. wenn weder das Landesrecht noch der Inhalt des Einkindschaftsvertrags dem Stiefparens die Testirfreiheit wie bezüglich seiner leiblichen Kinder gewähre, der in dem Einkindschaftsvertrag enthaltene Erbvertrag als dahin geschlossen angesehen werden müsse, daß den Vorkindern vertragsmäßig dasselbe Erbrecht eingeräumt werde, welches den leiblichen Kindern gesetzlich zustehe, daß also Gegenstand des vertragsmäßigen Erbrechts der Intestaterbtheil, nicht bloß der Pflichttheil sei. So auch Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 157 Anm. 56.

11) Vgl. Welter-Schultz a. a. O. § 222 S. 426. Die durch die Einkindschaft hervorgebrachte Fülle der persönlichen Elternrechte bedingt diese Befugniß, die auch durch den Text des Gesetzes zugewendet wird. Doch hat man gestritten.

12) Hierfür spricht der Wortlaut von L. R. II, 2 § 748, wo allgemein von „Eltern" die Rede ist. Es ist gewagt, dies auf „Stiefeltern" einzuschränken, wie bei Gruchot Bd. 9 S. 237 versucht wird, da das A. L. R. die Kinder möglichst günstig stellen wollte. Die gemeinrechtlichen Schriftsteller allerdings sprechen sich meistens für die Testirfreiheit des natürlichen Parens aus; doch fehlt es nicht an abweichenden Auffassungen. Insbesondere erklärt sich Gerber P. R. § 262 Anm. 10 gegen dieselbe, „denn der Vermögensvortheil, welcher in dem Verzicht der Vorkinder liegt, kommt beiden Ehegatten zu Statten und die Wirkung der Einkindschaft trifft beide gleichmäßig".

13) Selbstverständlich bringen sie diese nuda proprietas ihrerseits in die eheliche Gütergemeinschaft, wenn sie sich während der mit dem überlebenden Parens fortgesetzten Gütergemeinschaft gütergemeinschaftlich verheirathen. Welter-Schultz a. a. O. § 222 S. 427. Ueber fortgesetzte Gütergemeinschaft im Allgemeinen oben § 39 Ziff. 1.

14) L. R. II, 2 § 750. Anfechtung wegen laesio enormis ist unzulässig. Der Einkindschaftsvertrag ist ein gewagtes Geschäft. R. G. Bd. 6 S. 163.

schaftsgerichts, wenn Minderjährige betheiligt sind.[15] Gerichtliche Bestätigung, wie bei Eingehung der Einkindschaft, ist nicht erfordert. In der Regel wird die Absicht sein, den Zustand so herzustellen, wie er ohne den Vertrag gewesen wäre, es wird dann also zur Abschichtung zwischen den Kindern und ihrem leiblichen Parens kommen müssen.[16]

---

15) L. R. II, 2 § 751. Die V. O. vom 5. Juli 1875 § 42 Ziff. 3 fordert Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zwar nur beim Eintritt des Mündels in die Einkindschaft; doch ist dies analog auf die Aufhebung derselben zu beziehen.

16) Welter-Schultz a. a. O. § 224 S. 430.

Dritter Abschnitt.

Außereheliche Geschlechtsverbindung. Die Unehelichen.

§ 68. Die Verwandtschaftsverhältnisse Unehelicher.[1]

I. Das deutsche Recht des Mittelalters erachtete die unehelich Geborenen als Fremdlinge, daher als rechtlos und vormundschaftslos.[2] Sie gehörten weder zur väterlichen noch zur mütterlichen Familie, hatten daher beiden gegenüber keine Erbgemeinschaft; verstarben sie ohne eheliche Nachkommenschaft, so gebührte ihr Erbe dem Landesherrn.[3] Dies änderte sich gemeinrechtlich mit der Reception des römischen Rechtes, denn nach den römisch-justinianischen Sätzen galten uneheliche Kinder als verwandt mit der Mutter sowie mit sämmtlichen Verwandten der Mutter;[4] mit ihrem Erzeuger und seiner Familie dagegen bestand kein Verwandtschaftsverhältniß. Dieser Rechtszustand fand unter Anderem dauernde Anerkennung in der Mark Brandenburg.[5] Vielfach erhielt sich aber partikularrechtlich die mittelalterliche

---

1) Die neuere deutsche Litteratur und die deutschen Landesrechte finden sich ausführlich angegeben bei Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 171 ff.

2) Nach älterem deutschen Recht standen die unehelichen Kinder in naher Beziehung zum Vater; ihre Rechtlosigkeit gehört erst dem Mittelalter, vorzugsweise dem sächsischen Stammesrecht an. Rive außereheliche Verwandtschaft, Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 3 S. 210.

3) Da die Unehelichen als Unechte außer aller Familienverbindung waren, so nahm der Landesherr, in der Mark also der Kurfürst, ihr Erbe. Vgl. auch die Konstitution Johann Georgs von 1594 Th. 3 c. 12. Dies s. g. Bastardrecht galt ursprünglich selbst dann, wenn der Uneheliche Kinder hinterließ, wurde aber für diesen Fall frühzeitig beseitigt. Vgl. Heydemann Elemente der Joachimica S. 363.

4) Die unehelichen Kinder waren auch nach altem römischen Recht in ungünstiger Stellung, da sie zwar kognatisch mit der Mutter und deren Verwandten verwandt, der Agnatenrechte entbehrten. Auf der Agnation aber beruhte allein das römische civile Erbrecht, es bestand also in alter Zeit kein Intestaterbrecht der Kinder gegenüber der Mutter und den mütterlichen Verwandten. Erst nachdem die bloße Kognation einen erbrechtlichen Anspruch gewährte, änderte sich das Verhältniß mehr und mehr auch zu Gunsten der unehelichen Kinder. l. 4 l. 8 D. unde cognati 38, 8. l. 1 § 2 D. ad S. C. Tertullianum 38, 17.

5) Präj. des O. Tr. 952. Vgl. Heydemann die Elemente der Joachimica S. 360 Anm. 1145 und dort Angeführte. Die Ausnahme Justinians zu Ehren der mater illustris l. 5 C. ad S. C. Orfitianum 6, 57 ist nicht recipirt.

Rechtsanschauung, wenn auch mit mehr oder weniger Strenge. Auf ihr beruht auch das Landrecht.[6]

II. Nach dem Landrecht sind Uneheliche verwandt mit ihrer Mutter, deren Geburtsnamen sie erwerben, in deren Religion sie zu erziehen sind,[7] deren Wohnsitz sie theilen, deren Staatsangehörigkeit[8] und deren Stand, abgesehen von Adel und Wappen, auf sie übergeht. Ferner gelten sie von der Mutterseite her mit ihren unehelichen Geschwistern als verwandt, so daß diese als Halbgeschwister angesehen werden, mögen sie von demselben Erzeuger oder von verschiedenen Vätern abstammen.[9] Erfolgt eine Legitimation durch spätere Ehe, so werden die von dem Ehemanne vorehelich Erzeugten vollbürtige Geschwister. Dagegen wird das früher bestehende Verwandtschaftsband zwischen den Geschwistern gelöst, wenn der Ehemann das Eine vorehelich erzeugt hatte und durch die Ehe mit der Mutter legitimirte, während Andere, von anderen Vätern Stammende, unehelich bleiben.[10]

Das uneheliche Kind gilt mit den Verwandten der Mutter, abgesehen von den unehelichen Kindern derselben, nicht als verwandt.[11] Es bezieht sich dies auch auf die Eltern der unehelichen Mutter, wenngleich gewisse rechtliche Beziehungen, insbesondere in Hinsicht auf Alimentation und auf Vormundschaft, bestehen. Im Rechtssinne sind die Unehelichen ferner nicht verwandt mit ihrem Erzeuger, und ebensowenig mit dessen Verwandten.

Immerhin bildet die natürliche Verwandtschaft mit dem Erzeuger die Grundlage wichtiger Rechtssätze. Als Erzeuger ist — bis zum Gegenbeweis — anzusehen, wer mit der Mutter innerhalb des Zeitraumes vom 285. bis zum 210. Tage vor der Geburt den Beischlaf vollzogen

6) L. R. II, 2 § 639 ff. Nach dem in Alt-, Vor- und Hinterpommern vorkommenden lübischen Recht besteht nur eine Erbgemeinschaft des Unehelichen mit seinen ehelichen Descendenten, Entsch. des O. Trib. Bd. 73 S. 271, siehe übrigens Wilmowski Lübisches Recht in Pommern § 96. Ueber die Beseitigung dieser Beschränkung im lübischen Rechtsgebiet außerhalb Pommerns vgl. Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 172 Anm. 21.

7) L. R. II, 2 § 642. Nach L. R. II, 2 § 643 sollte das Kind einer Nichtchristin, dessen unehelicher Vater Christ war, bis zu den Unterscheidungsjahren als Christ erzogen werden. Dies hob auf das Gesetz vom 14. März 1871.

8) Bundesgesetz vom 1. Juni 1870 § 3.

9) So ist L. R. II, 3 § 6 auszulegen, O. Trib. Entsch. Bd. 6 S. 189.

10) Die Frage ist eine zweifelhafte. Indessen knüpft das Gesetz an die Verheirathung der Mutter mit dem Erzeuger eine Veränderung des Status der legitimirten Kinder. Diese Veränderung führt folgerecht zur Zerreißung der bisher zwischen den unehelichen Kindern derselben Mutter bestehenden bürgerlichen Verwandtschaftsbandes, Bornemann Bd. 6 S. 278.

11) L. R. II, 2 § 639.

hat.[12] Die kritische Zeit ist also enger bemessen, wie bei ehelichen Kindern.[13] Der Tag, von welchem ab die Zählung beginnt, ist wie bei diesen derjenige der Vollendung der Geburt.[14][15]

Der Gegenbeweis, daß der Zustand des Kindes — einer Frühgeburt — mit dem angegebenen Zeitpunkt der Konception nicht übereinstimmt, wird zuzulassen sein, da eine Fiktion hier, wo es sich bloß um die angebliche natürliche Verwandtschaft handelt, nicht am Platze wäre.[16]

§ 69. Ansprüche der Geschwängerten gegen den Schwängerer.[1]

I. Weit auseinander gehen die Gesetzgebungen bezüglich des Rechtsverhältnisses der außerehelich Geschwängerten und der außerehelichen Kinder zum Schwängerer.

Das altrömische Recht kannte keine Ansprüche gegen den außerehelichen Erzeuger. Darin folgt ihm das jetzige französische Recht durch den Satz des code civil art. 340: la recherche de la paternité est interdite. Dies scheint praktisch, denn es werden damit unerfreuliche Prozesse mit unerwünschten Folgen abgeschnitten, als da sind Störung der Ruhe der Familien, Skan-

---

12) Gesetz vom 24. April 1854 § 15 Abs. 1, übereinstimmend mit L. R. II, 1 § 1077. Doch genügt nach § 15 Abs. 2 auch eine kürzere Zwischenzeit, wenn die Beschaffenheit der Frucht nach dem Urtheil der Sachverständigen mit der Zeit des Beischlafes übereinstimmt, vgl. L. R. II, 1 § 1078. Gemeinrechtlich erachtet man meist auch bei unehelichen Kindern die Zeit vom 300ten bis 182ten Tag — oben § 42 bei für maßgebend, Glück Bd. 28 S. 191. Ueber Partikularrechte siehe Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 173 Anm. 20.

13) Oben § 42 bei Anm. 7. Welches Ortsrecht ist zu Grunde zu legen? Nach Striethorst Archiv Bd. 54 S. 47 die Gesetze des Ortes, an welchem die Geschwängerte zur Zeit der Schwängerung und Entbindung gewohnt hat. Dies löst die Frage nicht präcis. Es wird der Wohnsitz der Mutter zur Zeit der Geburt als maßgebend anzusehen sein, da sich hiernach der Status des Kindes richtet und feststellt, vgl. oben Bd. 1 § 28 Anm. 7, Gruchot Bd. 22 S. 869.

14) Entsch. des O. Trib. Bd. 30 S. 140, Präjudiz 2590.

15) Der Tag, an welchem der Beischlaf erfolgte, ist nicht mitzuzählen, vgl. oben § 42 bei Anm. 8. Präjudiz des O. Trib. 772, neuerdings Striethorst Archiv Bd. 58 S. 313. Die Angabe bestimmter Tage, an welchen der Beischlaf erfolgte, ist übrigens nicht schlechthin erfordert. Es genügt Behauptung und Beweis seiner Vollziehung in der kritischen Zeit, vgl. Roth a. a. O. § 173 Anm. 23.

16) Das Gegentheil nimmt aber das Obertribunal bei Striethorst Archiv Bd. 37 S. 70 an, wobei es sich auf ein arg. a contrario aus dem Gesetz vom 24. April 1854 § 15 Abs. 2 — oben Anm. 12 — stützt, welches nicht überzeugend ist. Vgl. über die Frage die bei Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 173 Anm. 31 Angeführten.

1) L. R. II, 1 § 1015 ff., Gesetz vom 24. April 1854, H. Schulze das Gesetz vom 24. April 1854 und die daneben geltenden Bestimmungen des A. L. R. nebst den Präjudikaten Berlin 1873; von Kräwel die Pflichten des unehelichen Vaters, Archiv f. c. Pr. Bd. 50 S. 341 ff.

dale, Erpressungsversuche, falsche Eide. Man denkt auch, daß solcher Rechtszustand die Frauen klug mache, um den Männern außereheliche Geschlechtsgemeinschaft zu weigern.

Indessen hat sich in Frankreich gezeigt, daß die Versagung jedes Rechtes der gefallenen Frau und der außerehelichen Kinder gegen den Erzeuger allzuhäufig zu strafwürdigen Racheakten und zu skandalösen Freisprechungen führt. Und keinenfalls ist es Recht, daß der Erzeuger die Folgen seiner Handlung auf Andere, insbesondere die außereheliche Mutter, die Gemeinde oder das Findelhaus abwälzt.

Die Lage des Mannes, welcher außereheliche Verbindungen eingeht, möglichst bequem zu machen, entspricht zudem nicht einer gesunden Rechtspolitik.

Klagerechte aus außerehelicher Schwängerung sind daher trotz ihren Schattenseiten nicht zu versagen.

II. Außereheliche Geschlechtsverbindung an sich ist, sofern sie nicht auf strafbarer Verführung oder Nothzucht beruht, oder Blutschande bildet,[2] eine rechtlich unerhebliche Thatsache. Nur die Schwängerung, an welche sich die Geburt eines Kindes knüpft, hat regelmäßig Rechtsfolgen.[3][4]

Das kanonische Recht verlangte im Anschluß an Bestimmungen des mosaischen Rechtes, daß der Verführer einer Jungfrau sie dotiren und heirathen solle.[5] Der Gerichtsgebrauch verstand dies so, daß dem Verführer Heirath oder Ausstattung der Geschwängerten obliege. Hiernach gewährte auch die preußische Legislation der Geschwängerten gegen den Schwängerer Abfindungsansprüche, wenn er sie nicht ehelichte. Dieselben treten nicht bloß ein, wenn ein lebendes Kind zur Welt kommt, sondern auch im Fall

---

2) Strafgesetzbuch §§ 176 Ziff. 2. 177. 179. 182, 173. In derartigen Fällen ist richtiger Ansicht nach eine arbiträre Schadensklage der Verletzten, wenn auch nicht Geschwängerten, begründet, die nach der R. C. P. O. § 260 durchführbar ist.

3) G. V. G. § 23 Abs. 2 überweist die Rechtsansprüche aus einem außerehelichen Beischlaf den Amtsgerichten. Ueber die Tragweite dieser Bestimmung vgl. R. G. Bd. 7 S. 338.

4) Beischlaf in der kritischen Zeit bildet in Schwängerungssachen einen wesentlichen Theil des Klagegrundes. Ist daher im Vorprozeß die Schwängerungsklage abgewiesen worden, weil eine unrichtige Beischlafszeit angegeben war, so steht der auf eine andere Beischlafszeit gegründeten neuen Klage die exceptio rei judicatae nicht entgegen, Striethorst Archiv Bd. 52 S. 192. Anders die Bemerkung bei Gruchot Bd. 8 S. 255 bezüglich der Klage des Kindes, weil die natürliche Vaterschaft das Fundament der Klage gewesen sei! Allein im heutigen Prozesse kommt es nur auf das thatsächliche Klagefundament an, nicht auf die Rechtsbehauptung, die thatsächliche Grundlage ist aber in jenem Fall eine verschiedene; vgl. oben Bd. 1 § 126 Ziff. 1. Daß nichtsdesto weniger Irrthümer bei Bezeichnung des Tages des Beischlafs in der Klage berichtigt werden können, ist nicht zu bezweifeln. Andere Grundauffassung bei Eccius Bd. 4 § 217 Anm. 11.

5) Cap. 1 X de adulteriis 5, 16 . . dotabit eam et habebit uxorem.

einer Frühgeburt oder Fehlgeburt.[6] In der Regel weist die Konceptionszeit den Schwängerer auf, bei einer Frühgeburt ist maßgebend, ob die Beschaffenheit der Frucht nach dem Urtheil der Sachverständigen mit dem Tage des nachgewiesenen Beischlafes übereinstimmt.[6a]

Der Anspruch ist ein gesetzlicher, auch der unzurechnungsfähige Schwängerer wird verpflichtet.[7]

Das Landrecht hatte die Ansprüche der Geschwängerten gegen den Schwängerer wegen der s. g. Defloration, wie auch die des unehelichen Kindes gegen den Erzeuger in hohem Maße begünstigt.[8] Die Einrede der mehreren Konstupratoren war der Geschwängerten und dem Kinde gegenüber ausdrücklich ausgeschlossen.[9] Jede außereheliche Geschwängerte konnte, wenn sie nicht öffentliche Hure war oder sich gegen Lohn überlassen hatte, oder Ehefrau war und bei ihrem Manne zur Schwängerungszeit gelebt hatte, als Abfindung mindestens Schwangerschafts- und Niederkunftskosten, Taufkosten und sechswöchentliche standesgemäße Verpflegung fordern. Einer unbescholtenen ledigen Weibsperson oder Wittwe sollte möglichst vollständige Genugthuung werden, sie konnte daher Ausstattung nach ihrem Stand und dem Vermögen des Schwängerers bis zum höchsten Satz der Ehescheidungsstrafen beanspruchen. Die unter dem Versprechen der Ehe, ohne daß ihr Ehehindernisse bekannt waren, oder mittels Nothzucht Geschwängerte endlich durfte, falls sich der Schwängerer der Ehe weigerte, Namen und Stand des Schwängerers, sowie alle Rechte einer geschiedenen, nicht schuldig erklärten Frau, insbesondere auch das Recht auf Ehescheidungsstrafen, zu ihrer Abfindung beanspruchen.

III. Das Gesetz vom 24. April 1854 vermehrte einestheils die Fälle, in welchen Ansprüche der Geschwängerten wie des Kindes ausgeschlossen sind, worüber im folgenden Paragraphen das Nähere ausgeführt werden soll und verringerte anderntheils das Maß der Abfindungsansprüche.[10]

---

6) Das Obertribunal hat erkannt, Entsch. Bd. 58 S. 291, daß eine Frauensperson, von welcher sich in Folge des Beischlafes eine aller menschlichen Bildung entbehrende Masse, eine s. g. Mole, abgesondert habe, die Ansprüche einer Geschwängerten nicht habe. Dagegen P. Hinschius in seiner Zeitschrift für Gesetzgebung Bd. 2 S. 193.

6a) Vgl. oben § 68 Anm. 12.

7) Vgl. jedoch oben Bd. 1 § 28 Anm. 7.

8) L. R. II, 1 § 1016 ff. Die Gründe waren, wie eine Anmerkung zum Entwurf Th. 1 S. 149 angiebt, vorzugsweise die Sorge für die Erhaltung der unehelichen Kinder und die Absicht, die Geschwächte für dieselben zu interessiren, um so der Verwahrlosung derselben oder gar dem Kindesmord entgegenzutreten.

9) L. R. II, 1 § 1024, II, 2 §§ 619. 620.

10) Das Gesetz vom 24. April 1854 ist durch Gesetz vom 1. März 1869 auf das landrechtliche Rechtsgebiet Hannovers ausgedehnt, während in dem Bayerns noch das A. L. R. in Kraft ist. Die Motive des Entwurfs jenes Gesetzes äußerten sich dahin, daß in Folge der landrechtlichen Gesetzgebung die Unzucht, indem sie zu einem einträglichen

1. Der Geschwängerten gebühren seit jenem Gesetz, sofern ihr Anspruch gegen den Schwängerer begründet ist, gewöhnlich nur noch Niederkunfts- und Taufkosten, desgleichen sechswöchentliche, dem Stand der Geschwängerten angemessene Verpflegung und andere durch die Schwangerschaft oder durch das Wochenbett herbeigeführte unvermeidliche Kosten.[11] Kosten des Begräbnisses im Fall des Todes der Geschwängerten im Wochenbett gelten nicht als inbegriffen.[12]

2. Außer jenen Kosten gebührt der Geschwängerten die höchste Ehescheidungsstrafe d. h. 1/4 des Vermögens des Schwängerers, wenn sie durch Nothzucht oder in bewußtlosem oder willenlosem Zustand oder, indem sie in die Täuschung eines ehelichen Beischlafes versetzt war, geschwängert wurde. In diesem Fall kommt es nicht in Betracht, ob ein Ehehinderniß vorhanden ist oder ob die Geschwängerte die Ehe mit dem Schwängerer verweigert.[13]

3. Eine Strafe von nur 1/6 kommt jenen Kosten hinzu bei der als Verlobten wie auch den im Alter unter 16 Jahren in Folge Verführung Geschwängerten. Ein förmliches Verlöbniß oder Vorangehen des Aufgebotes ist nicht Bedingung des erhöhten Anspruches der Verlobten, vielmehr genügt ein formloses Verlöbniß, wenn es unter Zustimmung der Eltern und Vormünder erfolgt, und falls es dieser Zustimmung nicht bedarf, wenn es vom Bräutigam in üblicher Weise zur öffentlichen Kunde gebracht war.[14] Die Verlobte hat den Anspruch auf die Strafe nicht, wenn ein gesetzliches Ehehinderniß bestand, welches sie kannte, ferner wenn sie sich, ohne daß ihr ein Ehescheidungsgrund zur Seite steht, weigert, mit dem Schwängerer die Ehe einzugehen, endlich auch dann nicht, wenn sie sich bis zur Weigerung des Schwängerers einer Handlung schuldig machte, welche eine Ehescheidung rechtfertigen würde.[15]

Ein Recht auf Eheabschließung wird durch die Schwängerung nicht mehr begründet. Auch unter dem Versprechen der Ehe Geschwängerte kann

---

Geschäft für das weibliche Geschlecht wurde, privilegirt sei, und daß damit die guten Sitten untergraben würden, ohne daß sich andererseits die Fälle des Kindesmordes vermindert hätten. Darüber, daß auch das Gesetz vom 24. April 1854 die erwarteten günstigen Folgen nicht gehabt hat, vgl. Kräwel a. a. O. S. 364.

11) Angeführtes Gesetz § 7.

12) Motive zum Entwurf des angeführten Gesetzes S. 12.

13) Angeführtes Gesetz § 1, L. R. II, 1 § 785.

14) Angef. Gesetz §§ 2, 3 und 6. Es müssen nicht beide Verlobte Eltern und Vormünder haben, welche die Zustimmung geben. Es genügt, wenn diejenigen, welche vorhanden sind, zustimmen, Striethorst Archiv Bd. 86 S. 282. Die Konception während des Brautstandes ist zu erweisen, was schwierig sein kann, wenn die Konceptionszeit nicht vollständig in die des Brautstandes fällt.

15) Angef. Ges. §§ 4 und 5. Verlöbniß mit einem Dritten hebt den Mehranspruch der geschwängerten Braut nicht auf.

nicht mehr, wie nach Landrecht, Beilegung des Namens und Standes des Schwängerers fordern.[16]

Die Ansprüche der Geschwängerten gegen den Schwängerer sind aktiv und passiv vererblich.[17] Sie verjähren binnen 2 Jahren nach erfolgter Niederkunft.[18] Die Zeit, innerhalb deren sich der Schwängerer an einem der Geschwächten nicht bekannten Orte aufhielt, wird nicht gerechnet, sofern die Geschwängerte nicht selbst durch Unterlassen der Nachforschung an der Nichtkenntniß Schuld trägt.[19 20]

§ 70. Die Ausschließungsgründe.

Das Gesetz vom 24. April 1854 spricht in zahlreichen Fällen der Geschwängerten jeden Anspruch auf Schadloshaltung gegenüber dem Schwängerer ab.[1] Das ist um so erheblicher, als zugleich der Anspruch des unehelichen Kindes gegen den Erzeuger für die Regel davon abhängig gemacht wurde, daß der Mutter jene Ansprüche nicht gesetzlich entzogen sind. Der dem Landtag vorgelegte Regierungsentwurf hatte in dieser Richtung nur vorgeschlagen, daß die Einrede der mehreren Stupratoren zuläßig sein solle; im Landtage aber wurde, vorzugsweise auf Veranlassung der ersten Kammer, außerdem die bisherige Unbescholtenheit der

---

16) L. R. II, 1 §§ 1035 ff. und 1115 sind aufgehoben. Vgl. oben § 59 Anm. 21.

17) Das Gesetz vom 24. April 1854 § 19 bestimmt übereinstimmend mit L. R. II, 1 § 1089, daß an den Ansprüchen der Geschwängerten durch den Tod des Schwängerers nichts geändert wird. L. R. II, 1 § 1088, wonach die Erben der Geschwängerten eine Ausstattung nur fordern konnten, wenn sie ihr bereits rechtskräftig zuerkannt war, ist nicht mitübernommen. Es muß daher die Vererblichkeit als der Regel entsprechend angenommen werden.

18) Angef. Gesetz § 10, vgl. L. R. II, 1 § 1083.

19) Angef. Gesetz § 11 Abs. 1 wörtlich übereinstimmend mit L. R. II, 1 § 1085. Daß die Geschwängerte sich nicht auf die Unbekanntschaft mit dem Aufenthaltsort des Schwängerers berufen kann, wenn sie die ihr zu Gebote stehenden Nachforschungen aus culpa lata unterließ, ergiebt die Natur der Sache, da das Kennenmüssen der Kenntniß durchweg gleichsteht. Präjudiz des O. Trib. 2164. Es ist aber ohne Erheblichkeit, ob der Schwängerer seinen Wohnsitz in das Ausland verlegt oder sich in Preußen den Nachforschungen der Geschwängerten entzog, Präj. 2684. Die Bestimmungen entsprechen allgemeinen Grundsätzen, vgl. oben Bd. 1 § 166 Anm. 3.

20) Das Gesetz besagt weiter § 11 Abs. 2: auch wenn der Schwängerer seinen Wohnsitz an einen anderen Ort des Inlandes verlegt hat, kann die Geschwängerte ihre Klage in dessen vorigem Gerichtsstand anstellen. Es ist dies übereinstimmend mit L. R. II, 1 § 1087. Suarez rechtfertigte die Vorschrift mit der Bemerkung, es liege hier gleichsam forum contractus oder delicti commissi vor, Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 132. Die R. C. P. O. hat keine besondere Bestimmung. Es ist aber anzunehmen, daß § 32 analog eingreift, wonach für Klagen aus einer unerlaubten Handlung das Gericht zuständig ist, in dessen Bezirk die Handlung begangen ist.

1) § 9 des Gesetzes vom 24. April 1854.

Geschwängerten für erforderlich erklärt, indem nur dann die Untersuchung nach der Vaterschaft eine annehmbare Grundlage gewinne.[2]

Der Geschwängerten steht hiernach kein Anspruch zu:

1. Wenn sie zur Zeit des außerehelichen Beischlafes Ehefrau war, auch wenn sie von ihrem Manne thatsächlich getrennt lebte, etwa von ihm verlassen war. Verheirathung einer Geschwängerten nach der kritischen Zeit oder gar nach der Geburt hebt dagegen die einmal erworbenen Rechte nicht auf.[3]

2. Des weiteren steht dem Anspruch der Geschwängerten entgegen, wenn sie innerhalb der Zeugungszeit verschiedenen Mannspersonen beigewohnt hat.[4][5][6]

3. Endlich kann der Geschwängerten ihre geschlechtliche Bescholtenheit entgegengesetzt werden.[7] Nicht vollkommene Reinheit und Keuschheit wird hierbei verlangt. Geschlechtlich bescholten ist, wer sich in einer unter das Durchschnittsmaß erheblich sinkenden Weise geschlechtliche Leichtfertigkeit zu

---

2) Die Kommission der ersten Kammer beabsichtigte, zu dem französischen System überzugehen. Dies fand im Plenum des Hauses lebhaften Widerspruch. Es kam schließlich zu einer Vermittelung zwischen den beiden Systemen durch den angef. § 9 des Gesetzes.

3) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 32 S. 99, Striethorst Archiv Bd. 66 S. 114. Die Fassung des Gesetzes ist freilich zweideutig und ließe auch anderer Interpretation Raum. Gemeinrechtlich haben auch im Ehebruch Erzeugte — adulterini — Alimentationsansprüche und selbst der Ehebrecherin versagte man eine Entschädigung nicht schlechthin. So auch L. R. II, 1 § 1030. Dies sollte der angef. § 9 beseitigen.

4) Gemeinrechtlich gehört bekanntlich die Frage der Zulässigkeit der exceptio plurium constupratorum zu den bestrittenen. Wer sich auf den Deliktsstandpunkt stellt, muß sich nothwendig gegen sie entscheiden, da mehrere Delinquenten für den Schaden solidarisch haften, wenn der Antheil des Einzelnen nicht zu ermitteln ist. So Puchta Pand. § 316 not. 1. — Aber auch diejenigen, welche die Alimentationspflicht auf das natürliche Verhältniß zwischen dem Erzeuger und dem Erzeugten zurückführten, sind getheilter Ansicht. Man erachtete vielfach als Folge des favor partus, daß als Erzeuger anzusehen sei, wer mit der Mutter in der kritischen Zeit konkumbirt habe. Zur Zerstörung dieser Vermuthung kann natürlich die Einrede nicht genügen, daß die Mutter auch mit anderen in jener Zeit zu thun hatte, Glück Bd. 28 S. 196 ff. So das O. Trib. Entsch. Bd. 23 S. 330, Striethorst Archiv Bd. 43 S. 72. Litteratur, Rechtsprüche, Gesetze über die Frage siehe bei Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 173 Anm. 36 ff., ferner § 174 Anm. 8 ff.

5) In der Praxis treten leicht unerfreuliche Erscheinungen hervor, mag man nun die exceptio zulassen oder ausschließen. Wird sie nicht zugelassen, so ist nahe gelegt, daß die bereits Geschwängerte, um einen möglichst solventen Vater für das Kind zu gewinnen, Andere zum Beischlaf veranlaßt. Wird die Einrede zugelassen, so entblödet sich der Inanspruchgenommene nicht ganz selten, auf Grund vager Verdachtsgründe unbescholtene Dritte, Familienväter u. s. f. als Konstupratoren zu benennen. Falsches Zeugniß oder Meineid kann so oder anders eine Rolle spielen.

6) Der Einwand ist thatsächlich zu substantiiren, auf den Namen des Beischläfers, der ja fremd, unbekannt gewesen sein kann, kommt es nicht an. Die Thatsache des Beischlafs mit einem Dritten genügt, sie erschüttert die Vermuthung der Vaterschaft des Beklagten. Auf die Einzelheiten des Aktes — immissio seminis — muß der Richter nicht eingehen, Striethorst Archiv Bd. 87 S. 310.

7) Auch Ausländern, die im Inland klagen, oben Bd. 1 § 26 Anm. 2.

Schulden kommen ließ. Die Oeffentlichkeit der Verfehlung ist nicht schlechthin erfordert, obgleich unter Umständen von Gewicht. Frühere außereheliche Beischlafsvollziehung macht nicht unbedingt im Sinne des Gesetzes bescholten, sie ist auch nicht schlechthin zur Bescholtenheit erfordert. Verhalten vor der Zeugungszeit ist in Betracht zu ziehen. Folgende Beispiele der Bescholtenheit hat das Gesetz besonders aufgeführt:

a) wenn die Geschwängerte Geld oder Geschenke als Bezahlung für den Beischlaf angenommen hat;[8 9]

b) wenn sie wegen unzüchtigen Lebenswandels berüchtigt ist. Es genügt also der Ruf unzüchtigen Verhaltens innerhalb der der Geschwächten nahe stehenden Gesellschaftskreise, auch wenn besondere Thatsachen, welche ihn rechtfertigen, nicht vorgebracht werden.[10] Der Nachweis, daß dieser üble Ruf unbegründet sei, steht der Geschwächten frei.

c) Insbesondere verliert den Anspruch auf Abfindung eine Person, welche früher von einem anderen als dem jetzt als Erzeuger in Anspruch Genommenen außerehelich geschwängert war,[11] ohne Unterschied, ob dies seinerzeit im Brautstand oder in Folge Nothzucht geschah, oder ob sie ein außerehelich koncipirtes Kind in der Ehe mit dem früheren Schwängerer gebar oder durch Verheirathung legitimirte.[12] Ist festgestellt, daß die dermalen Geschwängerte früher außerehelich gebar, so ist die Einrede zunächst erwiesen. Sache der Beweisreplik ist es darzuthun, daß Beklagter auch der

---

8) Angeführtes Gesetz § 9 unter 2a. Das Gesetz wollte weiter gehen als L. R. II, 1 § 1026. Es soll namentlich nicht nöthig sein, daß die Bezahlung vorher verabredet oder gegeben war. Es genügt, daß die Gabe den Umständen nach Seitens der Geschwängerten als Aequivalent ihrer Hingabe aufgefaßt werden mußte. Nicht jedes Geschenk aber des Mannes an eine Weibsperson, mit der er in Geschlechtsverbindung lebt, ist als Bezahlung des Beischlafes aufzufassen; namentlich unter Brautleuten werden Geschenke nicht leicht so aufzufassen sein, Striethorst Archiv Bd. 44 S. 289.

9) Als geschlechtlich bescholten wird auch eine Weibsperson angesehen, wenn sie sich vor der Konceptionsperiode für Bezahlung hingab. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 22 S. 238.

10) Angeführtes Gesetz § 9 Ziff. 2b. Auch frühere Berüchtigung begründet die Einrede, auf angebliche Besserung der Geschwängerten ist keine Rücksicht zu nehmen, Striethorst Archiv Bd. 51 S. 246. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 884.

11) Angeführtes Gesetz § 9 Ziff. c. Es ergiebt sich hieraus, daß früherer außerehelicher Beischlaf allein noch nicht bescholten im Sinne des Gesetzes macht. Wohl aber ist dies unter Anderem der Fall, wenn sich die Weibsperson ohne viel Unterschied, je nachdem es die Gelegenheit mit sich bringt, Männern Preis gab, oder mit den Liebhabern, denen sie den Beischlaf gestattete, häufig wechselte. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 34 S. 210.

12) Dies war überwiegend die Praxis des O. Trib. bezüglich der Schwängerung im Brautstande. Rehbein und Reincke zu § 5 des Gesetzes führen hierfür auch ein ungedrucktes Erkenntniß des R. G. vom 25. April 1881 an.

frühere Schwängerer war; denn dies ist, so lange es nicht erwiesen ist, nicht zu unterstellen.[13]

d) Bescholten ist ferner die Geschwängerte, welche sich früher eines Ehebruches schuldig machte.[14][15]

e) Als bescholten wird auch angesehen eine Weibsperson, welche einen noch nicht zwanzigjährigen, ihr gegenüber jüngeren Mann zum Beischlaf verführt hat.[16] Die Verführung ist nachzuweisen.[17]

Ein Verzicht des Schwängerers auf die Geltendmachung der gedachten Ausschließungsgründe vor der Konception, wohl auch vor der Geburt, ist nicht rechtsbeständig, weil dieselben zugleich im öffentlichen Interesse angeordnet sind.[18] Nach der Geburt des Kindes kann dagegen auf die Geltendmachung der Einreden verzichtet werden.

§ 71. Rechte der unehelichen Kinder gegen den Erzeuger.[1]

1. Von größerer praktischer und socialer Wichtigkeit als die s. g. Deflorationsklage der Geschwängerten sind die Alimentationsansprüche der unehelichen Kinder gegen ihre Erzeuger.

Solche Ansprüche, im jüngsten römischen Recht zu Gunsten der Konkubinenkinder auftauchend, hatte die gemeinrechtliche Praxis allen unehelichen

---

13) So mit Recht das O. Trib. Entsch. B. 43 S. 206, Striethorst Archiv Bd. 71 S. 117, Bd. 85 S. 241, im Wesentlichen auch Koch zum L. R. Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt Franke bei Gruchot Bd. 18 S. 138, ferner Eccius Bd. 4 § 217 Anm. 26, „weil der excipirende Beklagte den ganzen Thatbestand der Einrede“ zu beweisen habe. Allein dem Sinne des Gesetzes entspricht es nicht, dem Beklagten die Negative zum Beweis aufzulegen, daß er nicht Erzeuger des früher außerehelich geborenen Kindes war. Die Frage erhält eine besondere Spitze, wenn die Klägerin in der Conceptionszeit des ersten Kindes nachweisbar mit dem späteren Schwängerer und mit Anderen konkumbirte.

14) Angeführtes Gesetz § 9 Ziff. 2d. Wie aber, wenn eine Ehefrau in ein ehebrecherisches Verhältniß tritt, die Geschlechtsgemeinschaft mit dem Ehebrecher nach der Auflösung ihrer Ehe fortsetzt und nunmehr außerehelich gebiert? Kann sich der Ehebrecher auf den Ehebruch, an dem er selbst Theil hatte, berufen? Gewiß nicht. Vgl. freilich Eccius Bd. 4 § 217 Anm. 31. Striethorst Archiv Bd. 33 S. 14, aber auch Bd. 35 S. 6.

15) Das Gesetz verlangt, daß die Geschwängerte selbst sich eines Ehebruches schuldig machte, setzt also voraus, daß die Geschwängerte früher verheirathet gewesen und in dieser Eigenschaft den Ehebruch begangen hat. Es genügt keineswegs, daß sich die unverheirathete Geschwängerte durch Verbindung mit einem Ehemanne an dem von diesem begangenen Ehebruch zur Mitschuldigen machte, Striethorst Archiv Bd. 35 S. 6.

16) Das Gesetz § 9 Ziff. 2e stellt diesen Grund unter die geschlechtliche Bescholtenheit. Allein es ist klar, daß hier nicht nothwendig Bescholtenheit vorliegen muß. Voraussetzung ist Verführung des Schwängerers; dieselbe kann auch vor die Konceptionszeit fallen.

17) Striethorst Archiv Bd. 40 S. 342.

18) Striethorst Archiv Bd. 56 S. 106 ff.

1) L. R. II, 2 § 592 ff.: „Von den aus unehelichem Beischlaf erzeugten Kindern“, insbesondere § 612 ff.

Kindern gegeben,[2] vielleicht in Nachwirkung des vormittelalterlichen Rechtes, welches die unehelichen Kinder vorzugsweise an ihren Erzeuger verwies,[3] und jedenfalls in Folge gesunden Rechtsgefühls, welches nicht gestattet, daß der außereheliche Vater die Sorge für diejenigen, die er selbst zum Leben gebracht hat, ausschließlich Anderen überläßt. Der Rechtsgrund dieses Anspruches ist nicht, wie man seit dem vorigen Jahrhundert vielfach annahm, das Delikt des außerehelichen Beischlafes. Denn dem Kinde gegenüber ist die Handlung, die ihm das Leben gab, kein Unrecht, noch weniger Beschädigung. Seine Anrechte gegen den Erzeuger können daher nur aus der natürlichen Verwandtschaft begründet werden.[4] Dies ist auch der Standpunkt des Landrechts, welches im Wesentlichen die gemeinrechtliche Praxis übernahm.[5] Nur daraus, daß das Landrecht die natürliche Verwandtschaft als Grund des Rechtes des unehelichen Kindes betrachtet, erklärt es sich, daß es nicht bloß den Erzeuger, sondern auch die väterlichen Großeltern des Kindes — zwar nach der Mutter, aber vor den mütterlichen Großeltern — als alimentationspflichtig erachtete.[6] Die Rechte der unehelichen Kinder gegen die väterlichen Großeltern hat freilich das Gesetz vom 24. April 1854 beseitigt,[7] ohne daß jedoch der vom Landrecht eingenommene grundsätzliche Standpunkt hiermit aufgegeben ist. Außerdem erlitten die Rechte der außerehelichen Kinder gegen den Erzeuger durch jenes Gesetz namhafte Einschränkungen:

Nach dem Landrecht war die Verpflichtung des Vaters, dem unehelichen Kinde Unterhalt und Erziehung zu gewähren, davon unabhängig, ob die Mutter ihrerseits eine Abfindung fordern konnte.[8] In Gemäßheit des Landrechts war ferner die Einrede der mehreren Stupratoren unstatthaft, es hing vielmehr von dem Ermessen des Vormundes ab, wen von mehreren Zuhältern er gerichtlich belangen wollte, wie ihm auch freistand, falls der zunächst

---

2) Den liberi naturales gab Alimentationsansprüche nov. 89 cap. 12 § 6. Zur Erweiterung auf alle unehelichen Kinder gab das cap. 5 X de eo, qui duxit in matrimonium 4, 7 Veranlassung, vgl. übrigens Spangenberg Archiv f. c. Pr. Bd. 1 S. 88 ff.

3) Roth bayerisches C. R. Bd. 1 § 83 Anm. 5, vgl. oben § 68 Anm. 2.

4) Diesen Standpunkt vertheidigte insbesondere Heerwart im Archiv für civ. Praxis Bd. 14 n. 18, Bd. 17 n. 3, auch Gießner Zeitschrift Bd. 17 n. 9. Den Deliktscharakter vertritt Puchta Pandekten § 316 und Windscheid Bd. 2 § 475 Anm. 18. Die weitschichtige gemeinrechtliche und partikularrechtliche Litteratur und Jurisprudenz stellt zusammen Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 171 Anm. 9 ff. Die Vertheidiger des Deliktsstandpunktes müssen die Verpflichtung des unzurechnungsfähigen Schwängerers leugnen; so Windscheid a. a. O. Anm. 25. Dies entspricht nicht dem praktischen Recht.

5) L. R. II, 2 § 612 ff., oben § 68 a. E., § 69 bei Anm. 7, Bd. 1 § 28 Anm. 7.

6) L. R. II, 2 § 628.

7) Gesetz vom 24. April 1854 § 20. Ueber gemeines Recht siehe Roth deutsches P. R. § 174 Anm. 15 ff.

8) L. R. II, 2 § 613.

Belangte losgesprochen wurde, oder unvermögend war, jene Ansprüche gegen die übrigen Zuhälter der Mutter, Einen nach dem Andern, geltend zu machen.[9] Nach dem Gesetz vom 24. April 1854 hingegen hat das uneheliche Kind nur Ansprüche gegen seinen Erzeuger,

a) falls nach den gesetzlichen Bestimmungen die Mutter gegen den Schwängerer die Deflorationsklage hat; also nicht zur Zeit der Zeugung verheirathet, nicht bescholten war, in der Zeugungszeit nicht mit Mehreren zuhielt.[10]

b) Außerdem hat das Kind gegen den Erzeuger Alimentationsansprüche, wenn dieser die Vaterschaft ausdrücklich in einer öffentlichen Urkunde anerkannt hat.

Es genügt die Anerkennung vor dem Standesbeamten in Verbindung mit der Eintragung.[11] Auch eine Anerkennung in einer von einem Schiedsmann aufgenommenen Urkunde reicht aus.[12][13]

Die Anerkennung ist eine verpflichtende Rechtshandlung.[14] Sie setzt daher Verfügungsfähigkeit des Anerkennenden voraus. Auch ein noch nicht geborenes, bereits koncipirtes Kind kann anerkannt werden.[15] Anfechtung des Anerkenntnisses wegen Irrthums,[16] Betrugs und anderer Willensfehler ist zuläßig.

---

9) L. R. II, 2 § 619 ff.

10) Vgl. Gesetz vom 24. April 1854 § 13. Die Alimentationsansprüche des Kindes von der Unbescholtenheit der Mutter abhängig zu machen, war schwerlich ein glücklicher legislativer Gedanke. Vgl. v. Krämel Archiv f. c. Pr. Bd. 50 S. 358 ff. Handlungen oder Unterlassungen der Mutter nach der Geburt schaden jedoch dem Kinde nichts, angeführtes Gesetz § 14.

11) Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 25, oben § 59 Anm. 11. Hinschius zum angef. Gesetz S. 90 Anm. 48. Anders früher bei der Eintragung in die Kirchenbücher, Entscheidung des O. Trib. Bd. 47 S. 303.

12) Striethorst Archiv Bd. 66 S. 103. Vgl. Schiedsmannsordnung vom 29. März 1879 § 12 ff.

13) Anerkennung im Prozeß führt auf Antrag nach R. C. P. O. § 278 zur Feststellung durch Urtheil, welche jedenfalls ausreicht. Die gerichtliche Anerkennung wird indessen, auch hiervon abgesehen, genügen; denn wenn sie auch mündlich abgegeben wird, wird sie doch in einem gerichtlichen Protokoll, also in einer öffentlichen Urkunde niedergelegt; vgl. R. C. P. O. § 146. 148. Ueber das frühere Recht vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 47 S. 308.

14) Der Wille des Anerkennenden muß dahin gehen, daß die Rechtsfolgen der unehelichen Vaterschaft eintreten sollen. Das Zugeständniß der Thatsache der Beiwohnung in der Konceptionszeit unter Ablehnung einer Verpflichtung reicht nicht aus. Striethorst Archiv Bd. 19 S. 132.

15) Anders O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 56 S. 106, vgl. dagegen R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1011.

16) Welcher Irrthum wesentlich ist, kann zweifelhaft sein. Das Anerkenntniß schließt als Elemente in sich die Erklärung, mit der Mutter in der Zeugungszeit konkumbirt, und um deswillen die Ueberzeugung und den Willen der Vaterschaft zu haben. Hiernach würde das Anerkenntniß anfechtbar sein, wenn sich herausstellte, daß die Zeit der Geburt der Art verschieden von der bei der Anerkennung unterstellten

Was die Weise des Unterhalts und der Erziehung anlangt, so hat der Vater das Kind bis zu dem vollendeten 4. Lebensjahre der Mutter zu belassen und dieser Alimentengelder zu zahlen.[17] Nach zurückgelegtem 4. Jahre dagegen steht ihm der Regel nach die Wahl offen, ob er die Naturalverpflegung selbst oder durch Dritte übernimmt, oder ob er der Mutter das Kind überläßt und ihr die Kosten vergütet.[18] Dies selbst dann, wenn er bereits zur Geldalimentation verurtheilt ist, da sich der Vorbehalt von selbst versteht. Anders im Fall einer Vereinbarung mit der Mutter über ihr zu leistende Alimentengelder. Verweigert die Mutter oder auch deren gesetzlicher Vertreter — Gewalthaber, Vormund — dem Vater[19] die Herausgabe des Kindes zur Verpflegung ohne zulänglichen Grund, so kann sie der Vater zwar nicht erzwingen, ist aber, bis ihm die Mutter das Kind wieder anbietet, von der Verpflichtung des Unterhalts frei.[20] Der Mutter liegt nicht ob, das Kind dem Vater herauszugeben, wenn er das Vermögen und den Willen nicht hat, das Kind zu verpflegen und zu erziehen; sie muß dann aber, um sich die Ansprüche auf Alimentengelder zu erhalten, die Entscheidung des Vormundschaftsgerichts einholen.[21] Die Mutter kann das Kind zurückfordern und die

---

war, daß die Zeugungszeit außerhalb der bei der Anerkennung angenommenen fällt. Wie wenn sich später herausstellt, daß die Mutter in der Zeugungszeit noch andere Zuhälter hatte? Man wird sagen dürfen, daß auch hiermit eine Voraussetzung der Anerkennung wegfällt; das Obertribunal sieht jedoch in der Meinung, allein mit der Mutter in der Zeugungszeit konkumbirt zu haben, einen bloßen Beweggrund, welcher also eine Anfechtung nicht begründen könne, Striethorst Archiv Bd. 47 S. 130, Bd. 49 S. 280.

17) L. R. II, 2 § 621. Durch die V. O. ist dies nicht aufgehoben, Entsch. des O. Trib. Bd. 81 S. 48, Kam. Ger. Bd. 2 S. 60, vgl. aber Hesse V. O. S. 86 und hierüber Küntzel bei Gruchot Bd. 26 S. 161. Vor Inkrafttreten des Landrechts erkannte man das Recht der Mutter auf Erziehung des unehelichen Kindes bis zu dessen vollendetem drittem Altersjahr an, Hymmen Beiträge Bd. 5 S. 131.

18) L. R. II, 2 § 622 ff. Den Zutritt zum Kinde darf der Vater der Mutter nicht versagen, auch wenn er die Naturalverpflegung übernimmt. Die Mutter ist berechtigt, auf den Zutritt zu klagen. Präj. des O. Trib. 249, R. G. Bd. 24 S. 254. Entsprechende Bestimmungen finden sich in sehr vielen Landesrechten. Das Recht des Vaters, sein Kind von dessen siebentem Jahre an in Selbstverpflegung zu nehmen, ist gemeines Sachsenrecht. Ob gemeines deutsches Recht bezüglich dieses Punktes besteht, ist fraglich. Die Jurisprudenz und Partikularrechte siehe bei Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 174 Anm. 31 und 32.

19) Ein Bevollmächtigter des unehelichen Vaters hat sich durch schriftliche Vollmacht zu legitimiren, Entsch. des O. Trib. Bd. 11 S. 342; der Vormund desselben ist durch sein Amt legitimirt.

20) Entsch. des O. Trib. des Bd. 26 S. 166, Präj. n. 2442.

21) L. R. II, 2 § 624. Kam. Ger. Bd. 3 S. 75. Die Vormundschaftsordnung hat hieran nichts geändert. Sie erkennt zwar der Mutter das Erziehungsrecht zu, allein dies wird nicht in Frage gestellt, wenn nur die Mutter bereit und im Stande ist, das Kind ohne Beihülfe des Erzeugers zu erziehen. Vgl. weiter L. R. II, 2 § 625.

Alimentengelder verlangen, wenn dies das Wohl des Kindes verlangt, worüber das Vormundschaftsgericht ebenfalls zu entscheiden hat.[21a]

Die Höhe der Alimentengelder richtet sich nach den ortsüblichen Kosten der Verpflegung und Erziehung eines ehelichen Kindes des Bauern- oder gemeinen Bürgerstandes.[22] Maßgebend ist der Ort, an welchem die Geschwächte zur Zeit der Klageerhebung wohnt.[23] [24]

Die Unterhaltung des unehelichen Kindes liegt dem Vater in der Regel nur bis zum vollendeten 14. Lebensjahre desselben ob, die Verpflichtung dauert aber auch nachher fort, wenn das Kind — z. B. wegen Krankheit oder Geistesschwäche — unfähig ist, sich selbst zu ernähren.[25]

21a) Kam. Ger. Bd. 5 S. 82.

22) Vgl. L. R. II, 2 § 626 ff. Dies ist auch gemeinrechtlich, Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 174 Anm. 23. Nach Anhang § 84 zu L. R. II, 1 § 1018 liegen dem unehelichen Vater auch die Begräbnißkosten ob, wenn das Kind während der Zeit der Unterhaltspflicht stirbt.

23) Grundsätzlich wäre anzunehmen, daß sich der Alimentensatz nach dem Orte zu richten hätte, an welchem das Kind seinen jedesmaligen Wohnsitz hat, vorausgesetzt, daß dieser Wohnsitz entsprechend den Verhältnissen, und nicht absichtlich zum Nachtheil des alimentenverpflichteten Erzeugers gewählt wurde. Dies ist die Auffassung von Koch zu L. R. II, 2 § 627. Hiergegen hat sich aber das Obertribunal erklärt, indem es sich darauf beruft, daß die Alimente ein für allemal bis zum vierzehnten Jahre in Gemäßheit von L. R. II, 2 §§ 627, 633 festzusetzen seien und festgesetzt würden, womit ausgeschlossen sei, daß Ortsveränderungen, die nicht voraussehbar wären, in Betracht kommen könnten. Daher nahm jenes Gericht an, Entsch. Bd. 58 S. 313 ff., daß schlechthin der Ort des dauernden Aufenthaltes der Geschwächten zur Zeit der Klageanstellung als der Ort zu erachten sei, auf dessen Verhältnisse und Preise bei Bestimmung der Höhe der Alimente bis zum vierzehnten Jahre Rücksicht zu nehmen sei. Maßgebend ist daher in der Regel der Wohnsitz der Geschwächten; wenn diese aber noch in väterlicher Gewalt steht und sich dauernd an anderem Orte aufhält als der Vater, dieser Ort, Striethorst Archiv Bd. 17 S. 304. Selbstverständlich entscheidet aber der Wohnsitz des Kindes, wenn die Mutter zur Zeit der Klaganstellung bereits verstorben ist. Anders ist die Sache zu behandeln, wenn nachweisbar mit Anstellung der Alimentenklage absichtlich gezögert wurde, um erst einen Wohnort zu nehmen, an welchem höhere Preise stattfinden, oder wenn ein Wohnort in solcher fraudulosen Weise vorübergehend gewählt ist. Der Wohnort der Mutter zur Zeit der Klageanstellung entscheidet auch für die Vergangenheit, selbst wenn die Mutter vorher das Kind an einem wohlfeileren Orte aufgezogen hat. Die Ansicht des Obertribunals vereinfacht die Sache praktisch. Es handelt sich in der That doch nur um approximative Sätze und, wenn auch das Gesetz von Tragung der Erziehungskosten spricht, im Grunde nur um einen Beitrag zu denselben, so daß die Ungenauigkeit nicht so sehr in das Gewicht fällt. Auch steht ja dem Erzeuger frei, die Erziehung des Kindes selbst in die Hand zu nehmen, was die etwa sich ergebende Härte mildert.

24) Das Obertribunal nimmt an, daß die zuerkannten Alimente der Minderung im Falle des Akkordes im Konkurse des Schwängerers unterliegen, Striethorst Archiv Bd. 90 S. 254. Aber derartige Ansprüche erneuern sich, so lange das Bedürfniß dauert Eccius Bd. 4 § 228 Anm. 21 behandelt die Alimentenansprüche als „unbestimmte“ nach Konk. O. §§ 62. 63, oben Bd. 2 § 122 bei Anm. 11.

25) Vgl. L. R. II, 2 § 633 ff. Der Anspruch fällt nach allgemeinen Grundsätzen dann weg, wenn das uneheliche Kind der Alimente nicht bedarf, also wenn es ausreichendes Vermögen hat. Siehe auch F. Meyer bei Gruchot Bd. 34 S. 605.

Das Recht auf den Unterhalt steht grundsätzlich dem Kinde selbst zu. Zur Klage ist daher legitimirt das Kind, beziehungsweise sein Vormund als sein Vertreter.[26] [27] Wenn aber die Mutter, oder die Gemeinde, oder öffentliche Anstalten oder auch sonstige Dritte die Verpflegung übernommen haben, so erwerben sie hiermit ein Klagrecht aus der nützlichen Geschäftsführung gegen den unehelichen Erzeuger nicht bloß auf Ersatz des Ausgelegten, sondern selbst auf Vorlage der nöthigen Alimente, sofern der Erzeuger die Verpflegung nicht selbst übernimmt.[28]

Der Anspruch ist passiv vererblich.[29] [30]

Das uneheliche Kind kann behufs seiner Verpflegung nach dem Erzeuger seine Mutter, in letzter Linie auch die Eltern der Mutter in Anspruch nehmen.[31]

Ueber die Erbrechte der unehelich Geborenen gegen ihre Erzeuger ist später zu sprechen.

---

26) Wie weit das uneheliche Kind auf Rückstände klagen kann, ergiebt sich aus den oben § 45 bei Anm. 44 entwickelten Grundsätzen.

27) Verzicht der Mutter auf Geltendmachung der Rechte des Kindes, insbesondere gegen ein s. g. Schweigegeld, präjudicirt dem Kinde nicht. Ein Erkenntniß für und gegen die Mutter macht, sofern das Kind im Prozesse nicht vertreten war, keine Rechtskraft für und gegen das Kind. Siehe oben Bd. 1 § 138 bei Anm. 6. Nach der Theorie, welche in der Mutter die Vertreterin des Kindes sieht und ihr eine a. de partu agnoscendo utilis giebt, wäre anders zu entscheiden. Sie ist auch gemeinrechtlich nicht zu begründen. Die verschiedenen Auffassungen stellt zusammen Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 173 Anm. 2 ff. Bezüglich des Eides vgl. R. C. P. O. § 434.

28) Vgl. oben § 45 Ziff. 6, Bd. 2 § 286 a. E.

29) Der Anspruch des unehelichen Kindes gegen seinen Erzeuger geht zwar auch gegen die Erben des Letzteren L. R. II, 2 § 647, § 12 des Gesetzes vom 24. April 1854; es bestimmt jedoch L. R. II, 2 §§ 648 und 650, daß dann, wenn eheliche Kinder vorhanden seien, die Alimente nur aus den Nutzungen des Nachlasses genommen werden und dieselben nicht übersteigen dürfen, ferner daß wenn eheliche Kinder noch der Erziehung bedürftig seien und die Nutzungen des Nachlasses nicht zu der Erziehung Aller hinreichten, für die ehelichen Kinder noch einmal soviel als für die unehelichen auszusetzen sei. Diese Bestimmungen sind durch § 19 des Schwängerungsgesetzes nicht beseitigt, Striethorst Archiv Bd. 78 S. 326. Die Beweislast des Unzureichenden des Nachlasses liegt den Erben ob. Es kommt nicht darauf an, daß sie Beneficialerben sind. Ob das Recht des Vaters, die Verpflegung des Kindes selbst zu übernehmen, ein höchst persönliches sei oder auf die Erben übergehe, ist sehr bestritten. Man muß sich gegen den Uebergang auf die Erben erklären; es ist hart, die Verpflegung durch Fremde in Anspruch zu nehmen, während die Mutter sie besorgen kann, und das Gesetz nöthigt hierzu nicht. So Entsch. des O. Trib. Bd. 47 S. 294, Eccius Bd. 4 § 228 Anm. 14. Anderer Ansicht u. A. Koch Ford. Bd. 3 S. 42.

30) An die Stelle der Spezialbestimmung des Gesetzes vom 24. April 1854 § 21 sind die allgemeinen Normen der R. C. P. O. § 749 Ziff. 5 ff. getreten, wonach der Sold der Unteroffiziere und Gemeinen überhaupt nicht beschlagnehmbar ist, das Diensteinkommen der Offiziere nur, wenn es über fünfzehnhundert Mark beträgt, in bestimmten Raten.

31) Gesetz vom 24. April 1854 § 20, L. R. II, 2 § 629. Es ist dies auch der gemeinrechtliche Standpunkt, Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 174 Anm. 17 ff. Andere partikulare Auffassungen siehe dort.

Das uneheliche Kind hat seinerseits seinen Erzeuger subsidiär, d. h. nach den zunächst gesetzlich verpflichteten Verwandten, im Falle der Hülfsbedürftigkeit zu unterstützen. Die gleiche Pflicht liegt ihm gegen die mütterlichen Großeltern ob.[32] Seiner Mutter gegenüber ist seine Alimentationspflicht eine primäre.

§ 72. Kinder aus nichtigen oder ungültigen Ehen.

Kinder aus nichtigen oder für ungültig erklärten Ehen sind uneheliche. Sie hatten jedoch gemeinrechtlich in Gemäßheit des kanonischen Rechtes die Rechte der ehelichen, wenn sich wenigstens eines der Eltern in gutem Glauben befand.[1] Dagegen wird nach dem Landrecht[2] für die Stellung der Kinder vom guten Glauben der Eltern abgesehen. Die Kinder haben nämlich gegenüber ihren unmittelbaren Eltern stets alle Rechte der ehelichen, und unter sich die Rechte vollbürtiger Geschwister, was Beides auch für ihre Nachkommen entsprechende Geltung hat; mit der übrigen Familie von Vater und Mutter treten sie in kein Verwandtschaftsverhältniß.[3] Ein Unterschied zwischen Kindern aus incestuosen und anderen nichtigen oder für ungültig erklärten Ehen wird nicht gemacht.[4]

Der unschuldige Theil erhält die elterlichen Rechte. Der schuldige erlangt sie nicht. Sofern er die Erziehung und Verpflegung des Kindes besorgte, erlangt er die Rechte von Pflegeeltern.[5]

Die gesetzliche Vermuthung der Erzeugung durch den Ehemann kommt bei Ehen, die als ungültig oder nichtig aufgehoben wurden, den Kindern zu

---

32) L. R. II, 2 § 638.

1) Cap. 2. 8. 14. 15. X qui filii legitimi 4, 17. Fischer über Putativehe bei Gruchot Bd. 25 S. 69. Das gemeine Recht gilt in der Mark Brandenburg, v. Scholtz-Hermensdorf Bd. 2 S. 45.

2) L. R. II, 2 § 50 ff. Es sollte nach der Ansicht der Redaktoren des Landrechts nicht erst auf die bona fides der Eltern ankommen, um den unschuldigen Kindern unverschuldete Leiden zu ersparen. Vgl. Suaretz bei v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 134.

3) L. R. II, 2 § 56 ist erledigt, vgl. oben § 3 bei Anm. 13 und 14.

4) Ein solcher Unterschied wurde früher sehr häufig für das gemeine Recht vertheidigt, indem man den incestuosi jedes Erbrecht gegen die Mutter absprach. Auch in der s. g. Landesordnung Johann Georgs von 1594 Th. 3 Kap. 25 (c. c. M. II, 3 S. 115) wird dies als gemeines Recht angesehen, dieselbe ist aber nicht entscheidend; in der Mark, in der auch in dieser Materie gemeines Recht gilt, beerben daher auch die in wie außer einer Ehe erzeugten Incestuosen die mütterlichen Verwandten. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 9 S. 394. Das hierzu formulirte Präj. 1297 ist enger gefaßt.

5) Vgl. L. R. II, 2 §§ 54, 55. Entsch. des O. Trib. Bd. 82 S. 214. Wenn auch der unschuldige Vater das Erziehungsrecht hat, so kann doch die schuldige Mutter in der Regel — entsprechend L. R. II, 2 § 94 — fordern, daß ihr das Kind bis zu dessen vollendetem 4. Lebensjahre verbleibt.

Gute.[6] Dagegen hat die nichtige oder für ungültig erklärte Ehe nicht die Kraft, früher geborene Kinder zu legitimiren.[7] Sie stellt auch keine Präsumtion dafür her, daß die in solcher Ehe geborenen, aber früher erzeugten Kinder vom späteren Pseudo-Ehemann erzeugt sind.[8]

---

6) Vgl. L. R. II, 2 § 50 und oben § 42 Ziff. 1.

7) So ein bei Rönne zu L. R. II, 2 § 50 citirtes Erkenntniß des O. Trib.

8) Ebenso Präjudiz des O. Trib. 1232. And. Ansicht Entsch. des R. G. im Justizministerialbl. 1882 S. 284 und wiederum R. G. Bd. 18 S. 289.

Vierter Abschnitt.

Das Vormundschaftsrecht.

§ 73. Geschichte des preußischen Vormundschaftsrechts.

I. Staat und Gesellschaft haben die Pflicht und das dringende Interesse, dafür Sorge zu tragen, daß vaterlose Minderjährige zu nützlichen und guten Bürgern erzogen, daß ihr Vermögen erhalten und sorgfältig verwaltet, daß überhaupt den hülflosen Gliedern der Gesellschaft voller Schutz zu Theil werde. Die Wirklichkeit wird freilich stets hinter dem Ziele zurückbleiben. Denn die Vorsorge des Vaters ist auch bei bestem Willen niemals ganz zu ersetzen. Häufig wird den Vormündern Liebe, Zeit und Opferwilligkeit fehlen, um sich für die ihnen Anvertrauten mit voller Hingebung zu bemühen; es werden auch Fälle, in denen sie ihre Stellung mißbrauchen, nie auszuschließen sein.

Demgemäß klagt die unterm 26. November 1718 publicirte Vormundschaftsordnung für die Kurmark Brandenburg, daß die Vormünder und Pfleger mit ihrer Unmündigen und Pflegebefohlenen Güter unterweilen sehr übel haushalten, auch die gehörige Edukation ihrer Person negligiren, so daß sie bei dem Ablauf ihrer Minderjährigkeit sich ihrer Eltern Nachlasses oder sonsten angefallenen Güter wenig zu erfreuen haben, auch sonst dem gemeinen Wesen wenig Dienste leisten und Nutzen schaffen können.[1] Die Abhülfe suchte diese Vormundschaftsordnung in einer Zusammenfassung und Einschärfung der Vorschriften des gemeinen Rechtes, welches sie in vernünftiger und zweckmäßiger Weise fortbildete. Sie unterschied noch Tutoren der unmündigen und Kuratoren der mündigen Minderjährigen, legte aber den Letzteren alle Pflichten eines Tutors auf;[2] verlangte die gerichtliche Bestätigung eines jeden Vormundes, er sei gleich testamentweise verordnet oder durch das Recht oder die Obrigkeit gegeben,[3] und suchte den Schutz der

---

1) Vormundschaftsordnung von 1718 im „Eingange und Absicht dieser Ordnung“.

2) § 77 der gedachten Vormundschaftsordnung von 1718.

3) § 33 der Vormundschaftsordnung von 1718.

Mündel in der von den Vormündern zu leistenden Kaution, der Inventarisirung des Mündelvermögens, der regelmäßigen Rechnungsstellung bei Gericht, endlich in der Strafe gegen die ungetreuen und in dem Versprechen der Gunst des Fürsten für die getreuen Vormünder. Der Gerichtsgebrauch bei den besten preußischen Pupillenkollegien strebte dahin, entsprechend den allgemeinen Tendenzen einer wohlwollenden und ihrer Aufgabe sich voll hingebenden Bureaukratie, das Pupillenvermögen dadurch vollständig zu sichern, daß man dasselbe in gerichtliche Verwaltung nahm. Bewußt und folgerecht hat Suarez dieser Tendenz im Landrechte Verwirklichung gegeben. Er ging davon aus, daß es Sache des Staates sei, seine Bürger, die sich nicht selbst vorstehen könnten, zu schützen, also für ihre Erziehung und ihren Unterhalt, für die Konservation ihres Vermögens und für eine nutzbare Verwaltung desselben zu sorgen. Folgerecht wurde die Vormundschaft für die Regel zur Dativtutel gemacht, Verwandschaft und Testament bezeichneten nur dem Ermessen des Richters, wen er zweckmäßigerweise berufen mochte. Der Vormund sollte nicht als bloßer Privatadministrator eines fremden Vermögens, sondern als Bevollmächtigter und Beamter des Staates aufgefaßt werden, welcher der Obrigkeit in Ansehung seiner ganzen Verwaltung subordinirt und ihr davon die genaueste Rechenschaft zu geben schuldig sei.[4] Die Verwaltung des Mündelvermögens koncentrirte sich beim Vormundschaftsgericht. Die Gelder der Mündel flossen in die Depositorien der Gerichte, durch diese geschah vorzugsweise deren Anlegung, die Dokumente der Forderungen wurden dort verwahrt. Der Vormund war also thatsächlich, wie auch rechtlich von den Beschlüssen des Gerichts abhängig. Doch verstattete man dem Vater des Mündels, durch letztwillige Anordnungen die von ihm bezeichneten Vormünder zu befreien, d. h. unter die bloß allgemeine Aufsicht des Gerichts zu stellen.

Wenn nun auch die landrechtliche Vormundschaftsordnung[5] den Zweck möglichster Erhaltung des Mündelvermögens in vorzüglichem Maße erreichte, so trat doch gegen sie seit der Mitte des Jahrhunderts vielfache Anfechtung hervor. Man fand in ihren Anforderungen übertriebene Inanspruchnahme der Gerichte, Mißtrauen gegen die Vormünder, und Verkennung des berechtigten Einflusses der Familien; ihre vorsorglichen kasuistischen Bestimmungen, in einigen Fällen schützend, wurden in anderen als hemmend und verderblich empfunden; die häufigen Testamente, durch welche befreite Vormünder ernannt

---

4) Suarez in den Schlußvorträgen in Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 184 ff.

5) Der achtzehnte Titel des zweiten Theils des L. R. handelt „von den Vormundschaften und Kuratelen" in 1007 Paragraphen. Eine gute Bearbeitung ist die von Arndts und Leonhard, das preußische Vormundschaftsrecht mit Einschluß der bezüglichen Vorschriften aus dem Familienrechte, Berlin 1862.

wurden, schienen das Unvolksthümliche des Systems klar zu stellen. Auch bildete einen Angriffspunkt, daß im Gebiete des rheinischen Rechtes die Vormundschaft als Familiensache auf ganz andere Weise behandelt wurde, als im Gebiete des altländischen Rechts.[6]

II. Immerhin führten die Anläufe, welche man zu einer Reform des Vormundschaftsrechtes nahm, längere Zeit zu keinem Ergebnisse, da man sich im Grunde bei der Ordnung der Dinge wohl befand. Erst die vorbereitete Umgestaltung der Gerichtsverfassung, vor allem die beabsichtigte Auflösung der kollegialischen Kreisgerichte und ihres Kassenwesens, sowie die Einführung des Einzelrichteramtes machte die Umbildung des altpreußischen Vormundschaftsrechtes zur Nothwendigkeit. Auch erschien es, nachdem in Folge des Jahres 1866 wichtige gemeinrechtliche Landestheile mit dem Staate verbunden waren, in steigendem Maße als unzweckmäßig, daß drei verschiedene Systeme der Vormundschaft in der Monarchie nebeneinander bestanden. Nunmehr wurde eine Vormundschaftsordnung für den gesammten Staat entworfen, in welcher die Praxis der gemeinrechtlichen Landestheile den maßgebenden Einfluß erhielt, aber auch altpreußische und französisch-rechtliche Einrichtungen Eingang fanden, welche ferner die durch möglichste Latitüde ihrer Bestimmungen offen ließ, daß die Uebung und Gewöhnung der verschiedenen Landestheile Spielraum behielt. Die in solchem Sinne am 5. Juli 1875 erlassene Vormundschaftsordnung ist in der gesammten Monarchie mit dem 1. Januar 1876 in Kraft getreten.[7]

III. Die Vormundschaftsordnung hat kodificirend alle älteren Rechtsnormen über das Vormundschaftswesen aufgehoben, sofern dieselben nicht ausdrücklich aufrecht erhalten wurden. Vorschriften, welche ihre Grundlage außerhalb des Vormundschaftsrechts haben, bestehen aber fort, auch wenn sie auf das Vormundschaftswesen einwirken.[8]

§ 74. Die Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875.[1]

Der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 liegt der Gedanke zu Grunde, dem Vormunde die Verwaltung des Mündelvermögens zu überlassen und den Richter auf die Beaufsichtigung der Vormundschaft zu beschränken.

---

6) Vgl. Sommer: über eine neue Vormundschaftsordnung — 1839 — in Ulrichs Archiv Bd. 6 S. 470, siehe auch ebendaselbst Bd. 11 S. 285.

7) In Helgoland ist die V. O. nicht eingeführt.

8) V. O. § 102. Dernburg Vormundschaftsrecht § 10, siehe oben § 30 Ziff. II, § 34 Ziff. 4, vgl. ferner unten § 76 Anm. 8, oben Bd. 1 § 30 bei Anm. 1, R. G. Bd. 19 S. 308.

1) Im Gefolge der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 tauchten Bearbeitungen in Fülle auf. Eine umfassende systematische Darstellung hat den Verfasser dieses Werkes zum Urheber. H. Dernburg das Vormundschaftsrecht der preußischen

Demgemäß verwaltet der Vormund die Vormundschaft nicht wie nach Landrecht als Organ des Richters, sondern selbständig kraft des Gesetzes; er hat in der Regel die Gewahrsam des Mündelvermögens; er vertritt den Mündel nach Außen. Das Vormundschaftsgericht seinerseits aber hat über die gesammte Thätigkeit des Vormundes die Aufsicht zu führen;[2] zu diesem Zwecke ist es mit dem Rechte der Ordnungsstrafe, der Absetzung pflichtwidriger Vormünder und mit zahlreichen anderen Mitteln ausgerüstet. Wie ist nun die Ausgleichung zu finden zwischen der grundsätzlich gewährten Selbständigkeit des Vormundes, und der Aufsichtsgewalt des Gerichtes? Von der entsprechenden Beantwortung und der praktischen und richtigen Lösung dieser Frage hängt die gedeihliche Entwickelung des neuen Rechtes zum großen Theile ab.

Dabei ist davon auszugehen, daß wir es mit verwaltender Justiz zu thun haben, und daß die Organisation der Vormundschaft dem öffentlichen Rechte angehört. Bei aller Verwaltung aber spricht die Zweckmäßigkeit ein entscheidendes Wort; hier ist nicht der Ort über Kompetenzen zu hadern, sondern den mannigfach verschiedenen Anforderungen des Lebens in ihrer Besonderheit möglichst nachzukommen. Das Gesetz will, daß der Vormund die Verwaltung selbständig führt, nach seinem besten Ermessen, unter seiner Verantwortlichkeit. Das Gericht soll ihm nicht leichthin Zweckmäßigkeitsansichten oktroyiren, nicht wo das Für und Wider sich die Waage hält, die eigene Ansicht aufdringen. Dies schließt nicht aus, daß die Aufsichtsbehörde, wo es

---

Monarchie 1875, 3. Auflage 1886. Wenn wir hier denselben Gegenstand in kürzerer Weise noch einmal behandeln, so ist dies durch die Aufgabe dieser Arbeit, das Privatrecht in seiner Gesammtverknüpfung darzustellen, geboten. Es wird uns zugleich Gelegenheit, eine Anzahl von Fragen, in welchen unsere Auffassungen Widerspruch erfuhren, näher zu erörtern und unsere Ansichten weiter zu begründen. Unter den Kommentaren über die Vormundschaftsordnung heben wir hier hervor die von Löwenstein 2. Aufl. 1878, L. Wachler 2. Aufl. 1879, Maßen 2. Aufl., Köln 1876, C. Neumann die V. O. unter systematischer Darstellung des bezüglichen Familien- und Erbrechts 2. Aufl. 1880, Arnold Hesse die Vormundschaftsordnung 2. Aufl. 1881. Die zahlreichen Streitfragen, welche sich an das Gesetz knüpfen, sind zum großen Theil nicht isolirt aus dem Worte der Einzelparagraphen, sondern aus deren Zusammenhange und dem Grundgedanken des Gesetzes zu lösen. Die genannten Kommentare nehmen aber zum nicht geringen Theile einen anderen Standpunkt ein. Eine erhebliche Anzahl der zu verhandelnden Streitfragen hat daher insofern ein weitergehendes Interesse, als sie die Verschiedenheit der Interpretationsmethoden in das Licht setzen, vgl. u. A. unten § 79 Anm. 12, § 84 Anm. 3. Grundsätzliche Fragen hat zum Vorwurf die gut geschriebene Arbeit von Eccius, Erörterungen aus dem Gebiete der Vormundschaftsordnung 1876. Weiter beschäftigen sich mit Fragen des Vormundschaftsrechtes G. Möbius Erörterungen und Aphorismen der Vormundschaftsordnung 1876, die sorgfältig erwogenen Beschlüsse des Stadtgerichts Berlin, Abtheilung für Vormundschaftssachen, bei Johow Pr. App. Ger. Bd. 5 S. 275 ff. und Lyon Geharnischte Streifzüge in die Vormundschaftsordnung, Berlin 1879. — Der neueste den Mündeln wohlwollende und einsichtige Kommentar ist von Wilutzky 1892. Eine systematische Uebersicht giebt Zürn das preußische Vormundschaftsrecht 1894.

2) V. O. § 51.

die besonderen Umstände erfordern, den Vormund durch Gebot und Verbot zu Maßregeln nöthigt, die er freiwillig nicht ergreifen würde. Nicht nach abstrakten Regeln sind hier die Grenzen zu ziehen. Die starre Anwendung solcher Regeln würde einen Formalismus erzeugen, welcher den wechselnden thatsächlichen Bedürfnissen nicht gewachsen ist. Der Vormundschaftsrichter muß ein Gefühl für die Stellung gewinnen, welche ihm das Gesetz geben will. Es muß sich bei ihm ein sicherer Takt ausbilden, so daß er sich für die Regel zurückhält, andererseits aber energisch eingreift, wenn ein weiteres Geschehenlassen das Wohl des Mündels ernstlich gefährden würde. Es mag sein, daß sich in Folge dessen der eine Richter aus Unfehlbarkeitsdünkel in Dinge einmischt, welche er besser dem Vormunde überließe, der andere träge und lässig zusieht, wo er handeln sollte; in der überwiegenden Mehrheit wird der bon sens der Richter die richtige Mitte zu treffen wissen.[3]

Wo bleibt hiernach, wird freilich eingewendet,[4] die Selbständigkeit des Vormundes, welche den Hauptzweck der neuen Vormundschaftsordnung bilden sollte, und welche auch die Motive der Regierungsentwürfe besonders betonen. Eine Verwaltung, welche nur soweit selbständig ist, als dies der Richter nach seinem Taktgefühl zuläßt, entbehrt der gesetzlich gewährleisteten Selbständigkeit. Nach dieser Auffassung würde, meint man, das altpeußische Vormundschaftsrecht erhalten und nur noch gefährlicher ausgestaltet, weil die Leitung des Vormundes in die Willkür eines Einzelrichters, nicht mehr eines Kollegiums gestellt wäre; ja es würde das altpreußische System hiermit sogar seinen siegreichen Einzug in die Gebiete des gemeinen und französischen Rechtes halten, denen eine solche Aufsicht des Richters unbekannt gewesen sei. Hiergegen ist Folgendes zu erwidern. Wenn die Motive der Entwürfe des Reformgesetzes naturgemäß vorzugsweise die Seite, in welcher die Abweichungen vom alten Recht lagen, betonen und die Selbständigkeit des Vormundes als Regel mit Nachdruck hervorheben, so ist doch aus ihren Wendungen über die andere Seite, nämlich den Umfang der obervormundschaftlichen Aufsicht, welche beschränkend eingreift, in der That nichts zu entnehmen.[5] Ist es ferner noth-

3) So Dernburg Vormundschaftsordnung § 18.

4) Diese Ansicht wird vertreten durch Eccius in den Erörterungen S. 3 ff. Obgleich wir die Ansichten von Eccius für verfehlt halten, so erkennen wir ihnen willig das Verdienst einer gründlichen und selbständigen wissenschaftlichen Untersuchung zu, welche die behandelten Fragen fördert, auch wenn ihre Resultate nicht die richtigen sind. Die Kommentatoren der Vormundschaftsordnung haben sich meist Eccius angeschlossen, wenn auch mit Abschwächungen, ohne jedoch Erhebliches zur Erörterung der Streitfrage beizutragen, meist ohne auch nur die Gründe für und wider in Betracht zu ziehen. Anders aber Wilužky a. a. O.

5) Die Motive des Entwurfs von 1873 S. 37 sagen allerdings: Eine unmittelbare Einmischung in die Verwaltung und Erziehung, als in Privatangelegenheiten, liegt der Oberaufsicht fern; der Richter, welcher selbst die Vormundschaft verwaltet, steigt

wendig, stets von einem Extrem in das andere zu fallen? Ist deswegen, weil das Schwergewicht der Vormundschaft früher in übertriebener Weise im Gericht lag, nunmehr geboten, diesen Einfluß des Gerichts in ebenso übertriebener Weise zu paralysiren? Wenn der Vormund ohne jedes Mißtrauen betrachtet werden soll, obgleich derselbe in der That keine in allen Fällen gleich vertrauenswürdige Person sein kann, ist es dann gerechtfertigt, dem Richter das Vertrauen zu verweigern, daß er seine Stellung in entsprechender Art auszufüllen weiß? Wenn endlich ein Gedanke des altpreußischen Rechts wirklich in bescheidenem Maße Einfluß im Gebiete des gemeinen und französischen Rechts gewonnen haben sollte, so wäre dies sicher an sich nicht zu beklagen, vorausgesetzt nur, daß er richtig und praktisch ist. Doch wir bestreiten, daß man in den gemeinrechtlichen Landen die Aufsicht des Vormundschaftsgerichts in anderer Weise verstand, als wir sie entwickelten.[6]

Wo immer, meint der Gegner, der Begriff der Aufsicht im Staatsleben hervortritt, stehen den die Aufsicht führenden Behörden oder Personen als beaufsichtigt Behörden oder Personen gegenüber, die nach eigener freier Willensentschließung zu handeln haben, und deren Handlungen bloß nach der Seite hin überwacht werden sollen, ob die gesetzlichen oder reglementarischen Vorschriften gehörig befolgt sind.[7] Der bloßen Aufsichtsbehörde steht es, wird behauptet, schlechthin nicht zu, aus Zweckmäßigkeitsgründen in die Freiheit der Willensentschließung des ausführenden Organs im einzelnen Falle einzugreifen; wo etwas Anderes gewollt wird, überall namentlich, wo das Aufsichtsrecht die Befugniß enthalten soll, für den einzelnen Fall Anweisungen zu ertheilen, pflegt dies in neueren Gesetzen durch den Ausdruck „Aufsicht und Leitung" klar gestellt zu werden. Da nun dem Vormundschaftsrichter nichts als die „Aufsicht" vom Gesetze zugeschrieben wird, so sind, folgert man, leitende Anweisungen, die aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten hergenommen

---

von der ihm zugewiesenen Stufe herunter, der Vormund verwaltet die Vormundschaft selbständig kraft des Gesetzes. Wir sehen hierin nichts mit unseren Auffassungen Unvereinbares. Der einzige Passus, welcher zu unseren Ansichten nicht passen würde, ist der folgende Satz: „Hiermit aber ist es unverträglich, dem Richter die Befugniß einzuräumen, den Vormund mit Anweisungen zu versehen. Giebt man dem Richter dies Recht, so macht man ihn aus einem Obervormund zu einem bloßen Vormund." Dieser Passus jedoch ist in den Motiven des 1875 dem Landtage vorgelegten Entwurfes bereits — gestrichen. Uebrigens sind selbst die Motive des letzten Regierungsentwurfes nur in beschränkter Weise benutzbar zur Erklärung des Gesetzes selbst, welches im Landtage erheblich umgestaltet wurde. Zu beachten ist unter Anderem die Abänderung in § 56 Abs. 5 der V. O., wonach das Vormundschaftsgericht die Rechnungen des Vormundes auch sachlich zu prüfen hat. Siehe jetzt auch Eccius Pr. P. R. Bd. 4, § 233 Anm. 16.

6) Im Gebiete des rheinischen Rechtes ist allerdings die Beaufsichtigung des Vormundes durch den Richter im dargestellten Sinne erst von Seiten Preußens eingeführt, aber nicht erst durch die Vormundschaftsordnung, sondern durch die Instruktionen und Verordnungen des Justizministeriums aus den Jahren 1834—1836.

7) Eccius Erört. S. 10.

sind, begrifflich als ausgeschlossen zu erachten. Das Aufsichtsrecht giebt nach dieser Ansicht positiv nur das Recht der Kenntnißnahme, sowie das Recht, durch Gebot oder Verbot den Vormund zur Erfüllung besonderer im Gesetz hervorgehobener Pflichten anzuhalten und auf Einhaltung der Schranken zu bringen, welche gesetzlich allgemein oder für den einzelnen Fall, der Freiheit und Selbständigkeit des Vormundes gezogen sind, wie auch die Macht, im Falle einer Ueberschreitung die Verwaltung wieder in diese Schranken zurückzuführen.

Der so entwickelte Begriff der Aufsicht der Behörden ist kein zutreffender.[8] Weder in der Verwaltung noch in der Justiz hat das Recht der Aufsicht den beschränkten Sinn, welchen ihm die Gegenansicht zuschreibt. Der Gegensatz zwischen Aufsicht und Leitung ist kein absoluter, es liegt in letzterer nur eine Steigerung der Aufsicht. Durch die Leitung wird eine fortgesetzte Führung gefordert, während die Aufsicht mehr in der Höhe bleibend nur in dringenden Fällen zum Einschreiten nöthigt. Demgemäß ist zuzugestehen, daß der Vormundschaftsrichter den Vormund nicht beständig zu gängeln und zu leiten hat. Nimmermehr aber ist es richtig, daß der Vormundschaftsrichter sich auf das bloße Zusehen beschränken darf, wenn der Vormund, ohne eine specielle Pflicht zu verletzen, in einer dem Mündel schädlichen Weise wirthschaftet. Allerdings kann der Vormund besser berathen sein, als ein beschränkter Amtsrichter. Allein das Gesetz hat diesen einmal zum Aufsichtsbeamten gemacht und ihm die Gewalt gegeben. In der Regel wird er zudem wirklich einsichtiger, uninteressirter und weitblickender sein als der Vormund.[9] Dabei versteht es sich von selbst, daß der Vormund von Verantwortlichkeit frei ist, wenn er nur dem Gebot oder Verbot des Richters folgt. Denn dann trifft ihn keine Schuld. Das brauchte ein Gesetz, welches nicht kasuistisch das Einzelne regeln will, nicht besonders hervorzuheben. Aus dem Schweigen über diesen Punkt kann daher niemals geschlossen werden, daß der Richter dem Vormund nichts zu gebieten oder zu verbieten habe.[10]

---

8) Dies hebt mit vollem Rechte hervor Küntzel in der Recension der Schrift von Eccius in Johows Jahrbuch d. Preuß. App. Ger. Bd. 6 S. 336 ff. Wir verweisen auf die von Küntzel angeführten Beispiele, die sich noch vermehren ließen. Vgl. auch Jahrbuch des Kammergerichts Bd. 2 S. 45, Bd. 3 S. 52, Wilutzky a. a. O. S. 96.

9) Eccius Erört. S. 19 nimmt an, daß Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte in der Regel besser vom Vormund als vom Richter zu beurtheilen seien. S. 27 findet er, daß vom grünen Tische die thatsächlichen Verhältnisse weniger gut zu beurtheilen seien, als mitten aus dem Lebenskreise des Mündels von dem in diesem Kreise stehenden Vormund. Wir denken hierüber anders. Klassische Bildung, juristische Schulung, beständige Uebung in den Geschäften geben dem Amtsrichter durchschnittlich Ueberlegenheit über seine Gerichtseingesessenen auch in der Beurtheilung von thatsächlichen Fragen.

10) Die Haftung des Richters als solche ist eine subsidiäre, d. h. sie tritt nur ein, wenn von anderer Seite kein Ersatz zu erlangen ist. Hiervon ganz unabhängig ist die Frage, ob im gegebenen Falle Jemand vorhanden ist, der vor dem Richter

Nach dieser Auffassung ist die Aufgabe des Vormundschaftsrichters gegenüber den Anforderungen des Landrechts keine leichtere, sondern vielfach eine schwierigere geworden, wenn ihm auch die Last mechanischer und zeitraubender Geschäfte abgenommen wurde. Der Vormundschaftsrichter muß dem individuellen Falle gerecht zu werden suchen. Vielfach wird beklagt, daß die Sicherheit, welche das System des Landrechts für die Erhaltung des Mündelgutes, insbesondere der kleinen Vermögen gewährte, durch die jetzige Vormundschaftsordnung eine Einbuße erlitt, da nur zu häufig Fälle der Veruntreuung des Mündelgutes zur Kunde kommen. Es ist Sache des Vormundschaftsrichters, dergleichen Erscheinungen nach Kräften vorzubeugen. Kennt er, was namentlich in größeren Städten leicht vorkommen wird, den Vormund nicht nach Person und Umständen, so ist schon dies ein Grund zur Vorsicht. Der Vormundschaftsrichter wird dann diejenigen Maßnahmen zu ergreifen haben, welche jeder sorgsame Private anwendet, wenn er in der Lage ist, persönlich Unbekannten flüssige Werthe anzuvertrauen. Hierzu giebt ihm das Recht, die Hinterlegung von Inhaberpapieren oder die Außerkurssetzung der Sparkassenbücher des Mündels vorzuschreiben, die Mittel an die Hand.[11]

So ist es auch zweifellos, daß es nach der Vormundschaftsordnung zunächst dem Ermessen des Vormundes unterliegt, ob er Werthpapiere, die der Mündel ererbt hat, und die nicht pupillarischer Natur sind, in pupillarische verwandeln will. Das Gericht wird sich nicht leicht in diese Frage mischen.

---

belangt werden kann. Deshalb ist das von Eccius S. 7 Anm. 7 Vorgebrachte nicht berechtigt.

11) Die Auffassung von Eccius, wonach die Selbständigkeit des Vormundes das schlechthin herrschende Princip der Vormundschaftsordnung sei, hat ihn noch weiter zu wenig glücklichen Sätzen geführt, von denen einige hier zu beachten sind. Die V. O. bestimmt im § 60, das Vormundschaftsgericht könne anordnen, daß auf den Inhaber lautende Werthpapiere bei einer öffentlichen Hinterlegungsstelle oder der Reichsbank in Verwahrung genommen oder außer Kurs gesetzt werden. Mit der von Eccius unterstellten Selbständigkeit der Vormünder verträgt sich dies allerdings schlecht genug. Eccius nimmt daher S. 23 an, die Bedeutung der Bestimmung sei in keiner Weise, daß das Verfügungsrecht des Vormundes eingeschränkt, der Mündel gegen bösen Willen oder kulpose Verwaltungshandlungen des Vormundes geschützt werden solle, sondern die, daß ein sicherer Verwahrungsort für leicht verlierbare Gegenstände gegeben werde auf so lange, als die Werthstücke zu verwahren seien. Der Vormundschaftsrichter werde hiernach die Herausgabe der Stücke, soweit sie von ihm abhänge, niemals an Bedingungen und Voraussetzungen knüpfen können. Sobald die Stücke nach gültigen Verfügungen des Vormundes einem Anderen auszuliefern und nicht mehr für den Mündel zu verwahren seien, habe er sich die Herausgabe bedingungslos gefallen zu lassen. Mit der Außerkurssetzung verhalte es sich nicht anders, vgl. S. 25. Den Vormund verhindere nichts, durch einen Akt freiwilliger Gerichtsbarkeit das auf Anordnung des Gerichtes von ihm außer Kurs gesetzte Papier, das nach seiner und des Gegenvormundes Disposition zu veräußern sei, wieder in Kurs zu setzen. Wir leugnen nicht, daß sich diese Sätze ziemlich folgerecht aus den Principien ableiten, von denen Eccius ausgeht. Wer das Recht des Richters, auf die Thätigkeit des Vormundes einzuwirken, anders ansieht, wird zu denselben nicht kommen können. Auch hat sich ihnen weder die Praxis noch die spätere Gesetzgebung angeschlossen. Siehe unten § 86 bei Anm. 14.

Dennoch wird es nicht unthätig zu bleiben haben, wenn ihm zur Kenntniß kommt, daß das Vermögen des Mündels zum größeren Theil in zweifelhaften Werthen liegt, deren Realisirung noch möglich ist. Je nach Umständen wird es daher mit Rath, mit Anweisung, mit Ordnungsstrafen und selbst weitergehenden Maßnahmen vorzugehen haben.[12]

§ 75. Vormundschaft und Pflegschaft.

I. Das römische Recht unterschied bekanntlich zwei Vormundschaftsinstitute, die tutela und die cura.[1] Die tutela über Unmündige und ursprünglich über Frauen war ein uraltes, dem römischen Civilrecht angehörendes Institut. Sie bildete ein Recht des Vormundes, welches er in eigenem Interesse ausübte, erst im Laufe der Zeit wurde eine Verantwortlichkeit gegenüber dem Unmündigen anerkannt, damit trat die Pflicht des Vormundes gegen den Mündel allmählig in den Vordergrund. Die Tutel war Familiensache, und zwar, sofern der Gewalthaber des Mündels keinen testamentarischen Vormund ernannt hatte, Recht des nächsten Erben; Ernennung des Tutors durch die Obrigkeit, in ältester Zeit unbekannt, trat zunächst nur aushülfsweise ein, bis sie später eine immer größere Bedeutung erhielt. Aeußerlich war der Tutel vorzugsweise das Recht der auctoritatis interpositio charakteristisch, einer Formalhandlung, durch welche an sich unverbindliche Willenserklärungen zu vollgültigen wurden.[2] Das jüngere Institut war die Kuratel. Sie beruhte auf dem prätorischen Recht. Die Berufung durch die Obrigkeit war hier Regel. Die Kuratel, im Interesse der Mündel eingeführt, begründete von vornherein eine Pflicht des Vormundes, kein Recht. Das Recht der auctoritatis interpositio fehlte dem Kurator; seine Zustimmung zu Akten des Mündels hatte wenigstens ursprünglich eine andere Bedeutung, indem sie eine Gewähr gegen spätere restitutio in integrum bilden sollte. Im justinianischen Recht hatte sich der Gegensatz zwischen Tutel und Kuratel erhalten, obgleich die Verschiedenheiten im Einzelnen vielfach verwischt und die bestimmenden Grundgedanken halb verschollen waren. So ging denn der Dualismus in das gemeine Recht nach Deutschland herüber, wo man bis zur Reception des römischen Rechtes nur eine Vormundschaft gekannt hatte.

II. Das Landrecht verwerthete diese Terminologie in eigenthümlicher Weise und die Vormundschaftsordnung ist ihm hierin gefolgt.[3] Eine Vor-

---

12) So die einsichtige Verfügung des Appellationsgerichts zu Glogau bei Johow Jahrbuch Bd. 7 S. 64.

1) Löhr über die römischen Begriffe von Tutel und Curatel in seinem Magazin Bd. 4 S. 1 ff., Dernburg Vormundschaftsrecht § 2.

2) l. 19 D. de auct. tut. 26, 8; l. 17 § 1 D. de appell. 49, 1.

3) Vgl. L. R. II, 18 §§ 3. 4 und V. O. §§ 27, 86, 90.

mundschaft im eigentlichen Sinne ist es, wenn dem Vormund die Sorge für die Person und das Vermögen des Mündels in vollem Umfange übertragen wird, womit nicht unvereinbar ist, daß daneben für einzelne Verhältnisse aus besonderen Gründen ein Pfleger bestellt wird. Die Kuratel oder Pflegschaft dagegen bezieht sich auf einzelne Angelegenheiten, bei welchen Schutz und Vertretung erforderlich ist. Der Kreis der Geschäfte der Pflegschaft kann enger oder weiter sein, das Wesen der Pflegschaft im Gegensatz zur eigentlichen Vormundschaft liegt aber darin, daß die Vertretung nicht eine muthmaßlich allgemeine ist.[4] Insofern lehnt sich die Eintheilung an das römische Recht an, als die römische Kuratel die heutige Pflegschaft in sich begriff, aber die römische Kuratel über Minderjährige, Geisteskranke, Verschwender und Abwesende charakterisirt sich nach dem Begriff der Vormundschaftsordnung als Vormundschaft, sie ging also weiter als die heutige Pflegschaft.

Vormundschaft und Pflegschaft sind auch darin verschieden, daß die Fälle der ersteren sämmtlich vom Gesetz besonders festgestellt sind, die Pflegschaft dagegen nach Bedürfniß in das Leben gerufen wird, so daß die Kombinationen, unter denen sie eintreten kann, im Einzelnen nicht erschöpfbar sind.

II. Das Landrecht kennt des Weiteren Beistände, welche beim Abschluß gewisser gerichtlicher oder notarieller Verträge gewissen Personen zur Seite stehen und sie unterstützen müssen.[5] Der Schutzbefohlene bleibt hier aber der Verfügende; sein Wille allein entscheidet schließlich. Der Beistand hat als bloße Hülfsperson weder ein Recht der Vertretung noch der Genehmigung. Das Institut der Beistände, wenn auch zum Theil ein Rest der Geschlechtsvormundschaft über Weiber, gehört daher dem Vormundschaftswesen nicht an und ist nicht, wie Einige annehmen,[6] durch seine Nichterwähnung in der Vormundschaftsordnung beseitigt.

§ 76. Fälle der Vormundschaft.

I. Das römische Recht machte Vormundschaft und väterliche Gewalt zu sich ausschließenden Begriffen; die Vormundschaft setzte also voraus die Schutzbedürftigkeit des Mündels, wie auch, daß der Mündel von väterlicher Gewalt frei oder daß wenigstens die Ausübung der Gewalt behindert war. Diese Auffassung verdrängte im gemeinen Rechte die ältere deutsche Anschauung, wonach das Recht des Vaters über seine Kinder als eine

---

4) Dernburg Vormundschaftsrecht § 8.

5) Beistände sind gefordert in den Fällen von L. R. II, 1 § 88 — oben § 10 Anm. 15 —, II, 1 § 358, II, 1 § 200 — oben § 7 Anm. 6, § 34 —, für Blinde A. G. O. II, 3 § 8, Analphabeten L. R. I, 5 §§ 177 u. 178, unbevormundete Geisteskranke A. G. O. II, 3 § 9 u. Taubstumme L. R. II, 18 § 18.

6) So Koris bei Gruchot Bd. 20 S. 509 ff. Die Ansicht des Textes ist die herrschende. Ihr folgen auch die Kommentatoren, vgl. Wilutzky a. a. O. S. 167.

Art der Vormundschaft galt. Auch die Vormundschaftsordnung hat sich, wie seinerzeit das Landrecht, dem römischen System überwiegend angeschlossen. Minderjährige treten demnach nur unter Vormundschaft, wenn sie in der Gewalt des Vaters keinen Schutz finden. Bei großjährigen Mündeln wurde dieser Gedanke aber nicht festgehalten; indessen ist der Vater gesetzlicher Vormund bevormundeter Großjähriger.

II. Folgendes sind die Vormundschaftsfälle:

1. Minderjährige erhalten einen Vormund,[1] wenn sie nicht unter väterlicher Gewalt stehen, wenn die väterliche Gewalt ruht[2] oder wenn der Vater bevormundet wird.[3] Zwischen mündigen und unmündigen Minderjährigen besteht kein Unterschied mehr, wie dies nach römischem Recht der Fall war. Gerichtlich als großjährig Erklärte stehen nicht unter Vormundschaft.

2. Es erhalten einen Vormund ferner großjährige, für geisteskrank oder für Verschwender erklärte Personen.[4] Die Erklärung geschieht durch Beschluß des Amtsgerichtes, welcher sich bei Geisteskranken mit der Mittheilung an das Vormundschaftsgericht, bei Verschwendern mit der Zustellung an den Verschwender vollzieht.[5]

3. Es sind des weiteren zu bevormunden Großjährige, wenn sie taub, stumm oder blind und hierdurch an Besorgung ihrer Rechtsangelegenheiten gehindert sind.[6] Ob dieser Fall vorliegt, darüber hat das Vormundschaftsgericht zu bestimmen. Die Handlungsfähigkeit der solchergestalt Bevormundeten wird durch die Bevormundung nicht eingeschränkt.[7]

4. Endlich erhalten abwesende Großjährige einen Vormund,[8] wenn entweder

a) ihr Aufenthalt unbekannt ist und bereits ein Jahr seit der letzten Kunde verfloß, in dringenden Fällen aber auch vor Ablauf des Jahres, oder wenn

b) ihr Aufenthalt zwar bekannt ist, wenn sie aber an ihrer Rückkehr, wie an der Besorgung ihrer Angelegenheiten gehindert sind.

---

1) Vormundschaftsordnung § 11.

2) Vgl. oben § 49 Ziff. 2 und Kam. Ger. Bd. 2 S. 41.

3) Hauptfall ist die Entmündigung des Vaters, vgl. übrigens Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 2 S. 41. Der Vater kann auch als Minderjähriger, etwa unter Dispensation, geheirathet haben. Wilutzky zu § 11 der V. O.

4) V. O. § 81. Vgl. auch oben § 21 Anm. 3 a. E.

5) R. C. P. O. §§ 603. 623. Bekleidet der den Beschluß fassende Amtsrichter zugleich das Vormundschaftsgericht, so liegt die Mittheilung des Beschlusses in dessen Abfassung.

6) V. O. § 81.

7) Dernburg Vormundschaftsrecht § 95 Anm. 8. Doch ist dies bestritten, vgl. R. G. Bd. 14 S. 272.

8) V. O. § 82. Vgl. auch Strafprozeßordnung § 334 Abs. 2, R. G. Bd. 11 S. 188, und wiederum R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1092.

Die Abwesenden sind nicht zu bevormunden, wenn sie einen Bevollmächtigten zurückgelassen haben; es sei denn, daß Umstände eingetreten sind, welche die ertheilte Vollmacht aufheben oder geeignet sind, den Widerruf zu veranlassen.[9] [10]

Berechtigt, die Einleitung der Bevormundung wegen Abwesenheit zu beantragen, ist Jeder, welcher dem Vormundschaftsgericht ein Interesse zur Sache nachweist.[11] Die Einleitung kann auch von Amtswegen geschehen. Ueber das Vorhandensein der Bedingungen der Bevormundung Abwesender entscheidet das Ermessen des Vormundschaftsgerichtes.

§ 77. Das Vormundschaftsgericht.

I. Die Gerichte sind die Vormundschaftsbehörden nach der Vormundschaftsordnung geblieben, entsprechend vielhundertjährigem Herkommen Preußens[1] und des größeren Theiles von Deutschland. Während aber bis zum Inkrafttreten der Vormundschaftsordnung die Vormundschaftssachen in Preußen von Kollegialgerichten besorgt und in wichtigeren Angelegenheiten kollegialisch erledigt wurden,[2] wird das Vormundschaftsgericht derzeit von Einzelrichtern verwaltet, und zwar von demjenigen Amtsrichter, welchem die Justizverwaltung die Vormundschaftssachen übertragen hat.[3] Das Kollegialgericht entscheidet als Beschwerdegericht über die Uebergehung eines nach dem Gesetz zu berufenden Vormundes, wenn dieser die Zustimmung weigert;[4] es sind ferner Beschwerden gegen Anordnungen des Vormundschaftsgerichtes kollegialisch zu erledigen.[5]

---

9) Ueber die Gültigkeit der Rechtshandlungen des Abwesenheitsvormundes, wenn sich später herausstellt, daß der Abwesende bereits verstorben war vgl. R. G. Bd. 12 S. 68, R. G. im Just. Min. Bl. 1891 S. 362.

10) Nicht erforderlich ist, daß der Abwesende Aktivvermögen zurückließ. — Die Bevormundung kann nicht bloß in seinem Interesse, sondern auch in dem eines Dritten geschehen.

11) Vgl. L. R. II, 18 § 25.

1) Vgl. die Joachimica „von Kindergeldt und Erbgeldt". — Nach der Vormundschaftsordnung von 1718 § 21 war Vormundschaftsbehörde eine jede Obrigkeit des Ortes, welche die Niedergerichte hatte oder verwaltete.

2) Verordnung vom 2. Januar 1849 § 20 ff., Arndts und Leonhard S. 19 ff.

3) V. O. § 1. Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 § 26. In den Konsulargerichtsbezirken, in welchen die deutschen Konsuln die Gerichtsbarkeit haben, sind sie die Vormundschaftsbehörden über die dort wohnhaften Deutschen.

4) V. O. § 18 Abs. 2, unten § 81 Anm. 9. Nach dem Ausführungsgesetz vom 24. April 1878 § 40 sind die Landgerichte als Beschwerdegerichte an die Stelle der Appellationsgerichte getreten.

5) V. O. § 10. Beschwerdegerichte sind die Landgerichte und für die weitere Beschwerde das Kammergericht, §§ 40 u. 51 des Ausführungsgesetzes v. 24. April 1878.

II. Der Geschäftskreis dieser Gerichte erstreckt sich nicht bloß auf Vormundschaftssachen im engeren Sinne; es sind ihnen auch Entscheidungen bezüglich des Verhaltens der Eltern gegen ihre Kinder, sowie bei Streitigkeiten zwischen Ehegatten zugewiesen.[6]

III. Die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichtes bestimmt sich in der Regel nach dem Wohnsitz des Mündels[7] bei Eintritt des Falles der Vormundschaft[8] — nicht also erst der wirklichen Einleitung derselben. Für Preußen, welche einen Wohnsitz überhaupt nicht oder doch keinen im Inlande haben, bestehen eventuelle Zuständigkeitsgründe. Solche sind in erster Linie der zeitige Aufenthalt, in zweiter der letzte Wohnsitz, zuletzt die Bestimmung des Justizministers. Es wird jedoch der inländische Richter, wenn ein Preuße außerhalb Preußens wohnhaft ist, eine Vormundschaft nach diesen Gründen nur einzuleiten haben, wenn der Domicilstaat die Vormundschaft über den Preußen nicht einleitet, oder dieselbe, freiwillig oder auf Ansuchen, dem preußischen Gericht abgiebt.[9]

Für eheliche Minderjährige wird angenommen, daß sie den Wohnsitz des Vaters zur Zeit des Eintrittes des Falles einer Bevormundung, für uneheliche, daß sie den Wohnsitz der Mutter zur Zeit der Geburt theilen.[10] Was die eventuellen Zuständigkeitsgründe anlangt, so ist der zeitige Aufenthalt wie der letzte Wohnsitz des Vaters oder der Mutter gleichfalls entsprechend maßgebend.

---

6) L. R. II, 1 §§ 232 ff., 387 ff.; II, 2 §§ 64 ff., 86 ff., 109 ff., 168 ff., 237 ff., 621 ff. Vgl. Wiluzky V. O. § 1 Ziff. 6.

7) V. O. § 2 ff., Dernburg Vormundschaftsrecht §§ 16 und 17. Dies gilt auch für Nichtpreußen, die in Preußen ihr Domicil haben. Ueber Nichtpreußen, welche in Preußen keinen Wohnsitz haben, kann eine Vormundschaft nicht eingeleitet werden, wohl aber eine Pflegschaft zur Wahrung ihrer Rechte in Preußen z. B. bezüglich Regulirung einer Erbschaft, Entsch. d. Kam. Ger. Bd. 12 S. 48.

8) V. O. § 2. Es gilt dies auch bezüglich der Vormundschaft über uneheliche Kinder, eines Falles, den man früher anders behandelte. Eine Art Ausnahme enthält es, daß für eine innerhalb der gesetzlichen Vormundschaft des Vaters erforderliche Thätigkeit des Vormundschaftsgerichtes die Zuständigkeit durch den jeweiligen Wohnsitz des Vaters bestimmt wird. Es hängt dies damit zusammen, daß eine kontinuirliche Aufsicht des Gerichtes hier nicht stattfindet.

9) Wenn ein Preuße im Auslande wohnt, so ist die dort eingeleitete Vormundschaft gültig. Die eventuellen Zuständigkeitsgründe — Aufenthalt, letzter Wohnsitz, Justizministerialbestimmung — sind an sich ausgeschlossen, weil der Mündel, beziehungsweise sein Vater im Moment des Eintrittes des Falles einen Wohnsitz hatte und die eventuellen Gründe nur in Ermangelung eines Wohnsitzes eintreten. Nur wenn die Vormundschaft über den dort wohnhaften Preußen im Auslande nicht eingeleitet oder wenn sie abgegeben wird, können die eventuellen Zuständigkeitsgründe entsprechende Anwendung finden. Jahrb. des Kam. Ger. Bd. 12 S. 50. Anderer Meinung freilich Löwenstein, Wachler, Neumann, Hesse zu § 5 der V. O.

10) V. O. § 2, 3. Ist die uneheliche Mutter noch in der Gewalt des Vaters, so ist der Wohnsitz ihres Vaters natürlich der ihre.

Bei Minderjährigen, deren Eltern unbekannt sind, bestimmt der Fundort das Vormundschaftsgericht.[11]

Die Zuständigkeit zur Pflegschaft richtet sich nach den dargestellten Normen in entsprechender Weise. Sind dieselben nicht anwendbar, so ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die fragliche Angelegenheit wahrzunehmen ist.[12] Für die Pflegschaft eines schon Bevormundeten aber ist das Gericht der Vormundschaft zuständig.[13]

Das Vormundschaftsgericht kann die Vormundschaft oder die Pflegschaft aus erheblichen Gründen an ein anderes Vormundschaftsgericht abgeben, nach Bestellung des Vormundes oder des Pflegers jedoch nur mit dessen Zustimmung.[14] Auf Verlangen der Behörde des Heimathstaates ist die Vormundschaft über einen Nichtpreußen an dieselbe abzugeben.[15]

Zum Schutz von Nichtpreußen hat das Gericht des Aufenthaltes vorläufige Maßregeln zu ergreifen. Aber auch eine Vormundschaft hat das Gericht des Aufenthaltes über Nichtpreußen einzuleiten, wenn der Heimathstaat die Sorge nicht übernimmt.[16]

Uebernimmt ein unzuständiges Gericht die Aufgaben des Vormundschaftsgerichtes, so sind seine Rechtsakte wirksam, bis das zuständige Gericht in Thätigkeit tritt.[17]

IV. Das Vormundschaftsgericht hat vor jeder von ihm zu treffenden Anordnung auf Antrag des Vormundes oder Gegenvormundes oder eines

11) V. O. § 7. Unbekannt sind die Eltern auch, wenn man zwar ihren Namen, nicht aber Wohnort oder Aufenhalt ermittelt hat.

12) V. O. § 8 Abs. 2. Läßt sich das durch Wohnsitz oder Aufenthalt des Pfleglings zuständige Gericht nicht ermitteln, so tritt nicht Bestimmung des Justizministers ein, es ist vielmehr das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Angelegenheit zu erledigen ist. Johow App. Ger. Bd. 8 S. 78. Kam. Ger. Bd. 2 S. 35, Bd. 12 S. 47. Vgl. Kam. Ger. Bd. 13 S. 75.

13) V. O. § 8 Abs. 1. Gruchot Bd. 24 S. 513.

14) V. O. § 9 Abs. 2. Wenn die Vormundschaftsordnung die Beistimmung des Vormundes zur Abgabe der Vormundschaft fordert, so ist das anomal. Man hätte folgerecht dem Vormunde nur das Recht geben können, seine Entlassung zu fordern. Privatverfügung kann ein unzuständiges Gericht zwar nicht zuständig machen, aber die Abgabe der Vormundschaft an dasselbe Seitens des zuständigen Gerichts rechtfertigen Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 3 S. 42. Ueber die Abgabe der Vormundschaft an eine nichtpreußische Behörde vgl. R. Cohn bei Gruchot Bd. 34 S. 665.

15) Streitigkeiten über die Zuständigkeit der Vormundschaftsgerichte entschied nach der V. O. § 9 endgültig das Appellationsgericht, und wenn die Gerichte verschiedenen Appellationsgerichten angehörten, der Justizminister. Jetzt ist das Oberlandesgericht an die Stelle des Appellationsgerichtes getreten. Ausführungsgesetz zur Gerichtsverfassung vom 24. April 1878 § 20.

16) V. O. § 6 Abs. 2. Die Vormundschaft ist auf Verlangen der Behörden des Heimathstaates an diese abzugeben Abs. 3 a. a. O. — Vgl. Kam. Ger. Bd. 12 S. 47.

17) Das Gesetz bestimmt hierüber nichts besonderes. Die Entscheidung entspricht allgemeinen Rechtsgrundsätzen. Vgl. R. G. Entsch. in Strafsachen Bd. 4 S. 150. Dernburg B. R. § 61 Ziff. 3 Anm. 4. Wegen der Unzuständigkeit des Vormundschaftsgerichts ist Beschwerde zulässig, Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 2 S. 37.

Verwandten oder Verschwägerten des Mündels drei von den näheren Verwandten oder Verschwägerten desselben, sofern sie ohne Verzug erreichbar sind, gutachtlich zu hören. Es steht ihm frei, auch ohne Antrag Verwandte oder Verschwägerte des Mündels zu hören.[18]

V. An Stelle des Vormundschaftsgerichtes kann ein Familienrath treten, bestehend aus dem Vormundschaftsrichter als Vorsitzendem, aus Verwandten und Verschwägerten des Mündels, unter gewissen Voraussetzungen auch aus Fremden, als Mitgliedern.[19] Ein solcher Familienrath ist einzusetzen, wenn dies vom Vater oder der Mutter des Mündels nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften letztwillig angeordnet wurde, oder von 3 bis zum dritten Grade mit dem Mündel verwandten oder verschwägerten Personen, oder vom Vormund oder vom Gegenvormund beantragt wird. Zum Eintritt in den Familienrath kann Niemand gezwungen werden. In Fällen, welche ein sofortiges Einschreiten erforderlich machen, hat der Vormundschaftsrichter als Vorsitzender die nöthigen Anordnungen selbständig zu treffen.

VI. Gegen die Anordnungen des Vormundschaftsgerichtes, dem auch in dieser Hinsicht der Familienrath gleichsteht, ist Beschwerde beim Landgericht zulässig.[20] Damit soll den Gefahren vorgebeugt werden, welche aus der Ueberlassung auch der wichtigsten Fragen an den Einzelrichter entstehen können. Doch über Voraussetzungen und Wirkungen dieser Beschwerde bestehen die verschiedensten Ansichten, die bei dem Schweigen des Gesetzes freien Spielraum haben. S. g. Disciplinarbeschwerde ist zulässig gegen Dienstfehler des Richters, insbesondere schuldhafte Unterlassungen, bei der Aufsichtsbehörde, also dem Präsidenten des Landgerichtes, des Oberlandesgerichtes, dem Justizminister.[21] Hiervon verschieden ist die hier zu behan-

---

18) V. O. § 55.

19) Vgl. V. O. § 71 ff. Nach französischem Recht ist der Familienrath regelmäßig zu bilden und hat obervormundschaftliche Befugnisse. Ein Surrogat ist der Familienrath der Vormundschaftsordnung, welcher aber nur unter Umständen vorkommt. Derselbe erweist sich bei besonders wichtigen und schwierigen Verhältnissen als nützlich. Für das Einzelne kann hier auf die Vormundschaftsordnung und die Litteratur zu derselben verwiesen werden.

20) V. O. § 10. Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 § 40. Dernburg Vormundschaftsrecht § 23. Eccius Erört. aus dem Gebiete des Vormundschaftsrechtes S. 28 ff. behandelt eingehend „die Beschwerde über das Vormundschaftsgericht, ihre Voraussetzungen und Wirkungen".

21) Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz § 78. Beschwerden solcher Art können von Jedem angebracht werden, der am Mündel ein Interesse nimmt. Daß gegenüber solchen Beschwerden, sofern sie nicht offenbar inept und frivol sind, keine Antwortpflicht des Trägers der allgemeinen Dienstaufsicht bestehe, daß derselbe vielmehr befugt sei, solche Mahnung zur Pflichtübung als unberufen zu den Akten zu legen, wie Eccius Erört. S. 36 behauptet, entspricht wenigstens dem Usus in Preußen nicht. In solcher Nichtbeachtung desselben würden wir pflichtwidrige büreaukratische Ueberhebung sehen.

delnde Beschwerde gegen unrichtige Anordnungen des Vormundschaftsgerichtes d. h. Beschlüsse desselben, auch ablehnende. Sie soll eine neue Instanz begründen, also eine abermalige Erwägung und Entscheidung der vom Vormundschaftsgericht entschiedenen Frage herbeiführen. Sie kann beim Vormundschaftsgericht oder beim Landgericht eingebracht werden. Streitig ist, wer zu ihrer Erhebung legitimirt ist; wir erachten als Erforderniß, daß der Beschwerdeführer ein eigenes Interesse bei der Entscheidung hat, oder befugt ist den Mündel zu vertreten, sei es als Vormund oder als ad hoc bestellter Pfleger des Mündels, oder doch für ihn zu sorgen, wie insbesondere der Waisenrath.[22] [23] Am meisten ist bestritten, ob die Beschwerde, wenn sie für begründet erachtet wird, die Beseitigung der Wirkung des angefochtenen Bescheides herbeiführt, denselben also kassirt, was der Natur eines Rechtsmittels zu entsprechen scheint, oder ob ihre Wirkung nur dahin geht, die erwachsene Beschwerde thunlichst für die Zukunft zu beseitigen, wie Andere annehmen.[24] Einig ist man nur darüber, daß der Bescheid der Beschwerdeinstanz, durch welche ein Einspruch gegen die Bestellung eines Vormundes für begründet angesehen wird, die Entlassung des bestellten Vormundes bloß ex nunc, nicht eine Beseitigung seiner Amtshandlungen rückwärts hin herbeiführt. — An eine Frist ist die Beschwerde übrigens nur in einigen besonderen Fällen gebunden.[25]

---

22) Die bei der Berathung der Vormundschaftsordnung allseitig ausgesprochene Ansicht war, daß Jeder, der am Mündel ein Interesse nehme, die Beschwerde anbringen könne, die sich also zu einer actio popularis gestalte. An dieser Ansicht halten auch die meisten Kommentatoren fest, vgl. auch Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 5 S. 5, Bd. 6 S. 3, Bd. 7 S. 11 und 40, Bd. 8 S. 38. Eccius Erört. S. 36 ff. fordert, daß, wer für den Mündel eine Beschwerde geltend machen will, die Befugniß habe, ihn zu vertreten, und dies ist nicht ohne inneren Grund. Daher habe ich mich in meinem Vormundschaftsrecht § 23 Ziff. 5 dieser Ansicht angeschlossen, jedoch daran festgehalten, daß in zweifelhaften Fällen, wenn der Vormund verhindert oder betheiligt ist, ein Pfleger ad hoc zu ernennen ist, welcher die Beschwerde erhebt. Auch ob ein Dritter, welcher mit dem Vormund ein Geschäft abgeschlossen hat, dessen Genehmigung versagt wird, im eigenen Namen Beschwerde erheben kann, ist bestritten. Ich halte dies für zulässig, da die Beschwerde vom Gesetz allgemein gewährt wird und auch jenem Mitkontrahenten gerechterweise Schutz gegen Einseitigkeit, Starrsinn des Richters zu Theil werden muß, wenn auch dem Vormund die Sache für den Mündel nicht so erheblich scheint, um Beschwerde zu erheben.

23) Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 4 S. 71. Nicht richtig ist „Behörden" das Beschwerderecht zu versagen, wie Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 7 S. 11 und 40 thut. Vgl. Wiluzky zu V. O. § 10 Anm. 4.

24) Das Letztere ist die Ansicht von Eccius, die er S. 30 ff. an der Hand älterer gemeinrechtlicher Schriftsteller auszuführen sucht. Ich kann jedoch nicht finden, daß ihm dies gelungen sei, was freilich hier nicht weiter begründet werden kann. Die A. G. O. III, 1 § 17 scheint mir immer noch für die weitergehende Wirkung zu sprechen. Dernburg Vormundschaftsrecht § 23. Für Eccius Hesse zu V. O. § 10, auch Neumann a. a. O. Vgl. ferner Wiluzky V. O. § 10 Anm. 7, Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 12 S. 61.

25) Die Ausnahmefälle finden sich V. O. § 18 Abs. 1 und V. O. § 63 Abs. 4.

VII. Handelt es sich um Verletzung einer Rechtsvorschrift, so ist seit dem 1. Oktober 1879 das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde eröffnet. Ueber dieselbe entscheidet in der Regel das Kammergericht.[26]

VIII. Der Vormundschaftsrichter ist dem Mündel für schuldhafte Handlungen und Unterlassungen in Gemäßheit der allgemeinen Grundsätze verhaftet, welche in Preußen bezüglich der Verantwortlichkeit der Beamten den Privaten gegenüber bestehen.[27]

§ 78. Der Waisenrath.

1. Dem Vormundschaftsgericht stehen für persönliche Fragen die Waisenräthe zur Seite.[1] Sie bilden ein Hülfsorgan des Richters, sind aber Gemeindebeamte. Sie werden einzeln oder in Mehrheit von den Gemeindebehörden, beziehungsweise den Vorstehern selbständiger Gutsbezirke für die Gemeinden oder örtlich abzugrenzende Gemeindetheile oder die Gutsbezirke bestellt; vom Richter werden sie nicht in Pflicht genommen[2] und stehen nicht unter seiner Disciplin, auch hat er nicht über die Frage, ob Entschuldigungsgründe gegen die Uebernahme des Amtes vorhanden sind, zu befinden. Dies Alles fällt vielmehr den Gemeindebehörden zu.[3]

2. Die Waisenräthe haben für die Mündel, welche sich in ihrem Bezirk aufhalten, zu sorgen, ohne Rücksicht auf den gesetzlichen Wohnsitz derselben. Das Gericht hat ihren Vorschlag bezüglich der Wahl der Vormünder, Gegenvormünder, Pfleger einzuholen.[4] Der Waisenrath soll die Aufsicht über das persönliche Wohl des Mündels, und dessen Erziehung führen,[5] der Vater jedoch als gesetzlicher Vormund ist von dieser Kontrole frei.[6]

Der Waisenrath hat ein direktes Zwangsrecht gegenüber dem Vormund oder dem Erzieher, insbesondere der Mutter, nicht; es liegt ihm nur

26) Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 §§ 40, 51, 52. Es ist die Rede von einer „Verletzung des Gesetzes". Darunter ist zu verstehen die Verletzung einer Rechtsnorm nach R. C. P. O. § 512. Auch eine Interpretation, welche den Normen des Rechtes widerstreitet, kann natürlich die weitere Beschwerde rechtfertigen. Vgl. noch Kam. Ger. Bd. 1 S. 4, 6, 9, 51, Bd. 2 S. 10, Bd. 3 S. 7, Bd. 4 S. 13.

27) Vgl. oben Bd. 2 § 298 bei Anm. 19.

1) Vgl. V. O. § 52 ff.

2) Vgl. die bei Rönne zur V. O. § 52 angeführten Reskripte.

3) Die Verwaltungsgerichte sind bezüglich der kommunalen Beamten die entscheidenden Disciplinargerichte, Zuständigkeitsgesetz vom 1. August 1883 §§ 20, 36 Ziff. 1.

4) V. O. § 53 Abs. 2. Vgl. des Weiteren unten § 81 Anm. 12.

5) V. O. § 53 Abs. 1. In den Bereich der Thätigkeit des Waisenrathes schlägt die Frage des Lebensberufs des Mündels, ferner Verheirathung, Auswanderung, etwaiger Eintritt in eine Einkindschaft, wie auch eine Adoption desselben.

6) arg. V. O. § 54 Abs. 1.

ob, Mängel, die er bei der körperlichen oder sittlichen Erziehung der Mündel wahrnimmt, dem Gericht anzuzeigen, auch wol dem Gericht Vorschläge zur Abhülfe zu machen. Das Gericht ist übrigens beim Eingreifen in dieser Hinsicht nicht von der Initiative des Waisenraths abhängig, da auch ihm die Sorge für die Person des Mündels zusteht und da es die gesammte Thätigkeit des Vormundes auch selbständig zu überwachen hat.

§ 79. Vormünder und Gegenvormünder.

Der Vormund hat die Verwaltung der Vormundschaftsgeschäfte, der Gegenvormund die Aufsicht über die Verwaltung des Mündelvermögens und das Genehmigungsrecht zu gewissen Handlungen des Vormundes. Der Vormund vertritt den Mündel, der Gegenvormund den Staat, er soll den Richter unterstützen und ihm seine Aufgabe erleichtern. Den Anstoß zur Institution des Gegenvormundes gab das französisch-rheinische Recht, welches in dem tuteur subrogé etwas Aehnliches besaß. Wie nach diesem, ist für die Vormundschaftsordnung der Gegenvormund, wenigstens der Regel nach, ein nothwendiges Organ, nicht wie der Ehrenvormund des gemeinen und früheren preußischen Rechtes etwas Zufälliges und Außerwesentliches. Aber die Ausbildung in der Vormundschaftsordnung ist doch eine eigenthümliche, zum Theil wenig befriedigende. Es fehlte bei der Schöpfung das rechte Vertrauen und die volle Zuversicht des Gelingens.

1. Die Vormundschaft kann von einem oder von mehreren Vormündern verwaltet werden. Das Gericht soll aber in der Regel für einen Mündel, wie auch für mehrere Geschwister — auch uneheliche — nur einen Vormund berufen.[1] An die Berufung Mehrerer durch den Vater oder die Mutter des Mündels in legaler Weise, ist das Gericht in der Regel gebunden.[2] Mehrere Vormünder verwalten gemeinschaftlich, bei Meinungsverschiedenheiten giebt die Mehrheit den Ausschlag;[3] wird eine solche nicht erzielt, so entscheidet das Vormundschaftsgericht, im Fall der Einlegung einer Beschwerde endgültig das Beschwerdegericht.[4] Die Verwaltung kann unter die Vormünder durch den Be-

---

1) V. O. § 19 Abs. 3. Ausnahmen rechtfertigt unter Anderem großer Umfang der Geschäftsverwaltung, oder Interessenkollision unter den Geschwistern z. B. Halbgeschwistern. Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 6 S. 33.

2) In Gemäßheit von V. O. § 17 Ziff. 2. In gemeinrechtlichen Landestheilen ist die Ernennung mehrerer Vormünder durch letztwillige Verfügung herkömmlicherweise nicht selten.

3) V. O. § 30. Turnau G. B. O. Bd. 2 § 88 Ziff. 1 fordert nach Außen hin Einstimmigkeit aller Vormünder, anders Dernburg V. R. § 32. Das L. R. II, 18 § 113 ff. forderte Einstimmigkeit, sonst entschied das Vormundschaftsgericht; das römische Recht ließ jeden Mitvormund selbständig handeln, gab aber Jedem ein Einspruchsrecht gegen die Handlungen des Mitvormundes.

4) Vgl. oben § 77 Ziff. VI.

rufenden oder durch den Richter getheilt werden, auch andere Feststellungen sind zulässig.[5]

Der Vormund kann durch den Vater oder durch die Mutter, wenn sie zu Verfügungen über die Bevormundung ihres Kindes befugt sind, in der hierfür vorgeschriebenen Form von Einschränkungen befreit werden. Beide Eltern können die Bestellung eines Gegenvormunds untersagen,[6] den von ihnen benannten Vormund von der periodischen Rechnungslegung an das Gericht — nicht aber von Einreichung eines Vermögensverzeichnisses —, wie auch von der Anforderung der Sicherheitsstellung befreien.[7] Nur der Vater kann befreien von der Nothwendigkeit der Genehmigung des Gegenvormundes sowie des Vormundschaftsgerichts zu gewissen Handlungen[8] und von der Verpflichtung, Werthpapiere — desgleichen Kostbarkeiten — auf Anordnung des Gerichtes zu hinterlegen oder außer Kurs zu setzen.[9] Auch durch eine allgemeine Klausel können alle diese Befreiungen gewährt werden.[10]

Die Befreiung von der Einholung jener Genehmigung wird erst durch die in die Bestallung zu setzende Ermächtigung des Vormundschaftsgerichtes wirksam.[11]

---

5) Die Worte der V. O. § 30 Abs. 4 „durch den zur Berufung Berechtigten“ sind gewählt um auszudrücken „durch denjenigen, welcher nach diesem Gesetz an sich zur Berufung berechtigt ist“, also namentlich in allen Fällen auch durch den Richter, vgl. Dernburg Vormundschaftsrecht § 32 Ziff. 3.

6) V. O. § 26 Abs. 6 bestimmt, der Vater oder die Mutter können „die Bestellung eines Gegenvormundes“ untersagen. Hiernach dürfen sie dessen Bestellung jedem dereinstigen Vormunde ihres Kindes gegenüber untersagen, Dernburg Vormundschaftsrecht § 33. Kurlbaum II Justizministerialblatt 1875 S. 266 will gleichwohl die Untersagung nur auf den von den Eltern ernannten Vormund beziehen. So auch Löwenstein zu § 26, obgleich er zugiebt, daß der Wortlaut mehr für die entgegengesetzte Ansicht spreche. Hierfür sprach jedenfalls auch die Absicht bei Aufnahme der Bestimmung. Denn in der Herrenhaus-Kommission, in welcher dieselbe dem Regierungsentwurf zugefügt wurde, bestand entschieden Abgeneigtheit gegen das Institut des Gegenvormundes, und man wollte jedenfalls Vater und Mutter schlechthin das Recht sichern, ihre Kinder gegen die mit Mißtrauen angesehene Einschiebung desselben zu schützen. Unserer Ansicht auch Hesse zu § 26 der V. O.

7) V. O. § 57 Abs. 1, § 59 Abs. 1, § 35 Abs. 1. — L. R. II, 18 § 683 ist beseitigt. Die Befreiung des Vormundes von der Rechnungslegung ist also nicht mehr davon abhängig, daß dem Mündel mehr als der ihm zukommende Pflichttheil hinterlassen ist. Als eine Belastung des Pflichttheiles ist die Befreiung des Vormundes in der That nicht aufzufassen.

8) V. O. § 47 Abs. 1. Auch die Mutter kann nach V. O. § 26 Abs. 6 einen Gegenvormund schlechthin ausschließen, dagegen ist im § 47 der V. O. nur dem Vater das Recht gegeben, den Vormund von der Genehmigung des Gegenvormundes zu gewissen Handlungen zu befreien. Brettner bei Gruchot Bd. 20 S. 22 nimmt an, daß gleichwohl die Mutter dieses Recht habe, weil in dem Mehr das Weniger liege.

9) V. O. § 60.

10) Wer schlechthin als „befreiter Vormund“ ernannt ist, gilt im Zweifel als „vollbefreit“, Jahrb. d. Kam. G. Bd. 12 S. 59. — Vgl. aber auch daselbst Bd. 13 S. 85.

11) V. O. § 47 Abs. 2. Ueber die Form vgl. Kam. Ger. Bd. 4 S. 74.

Die Befreiungen fallen weg, wenn Umstände eingetreten sind, welche nach dem Ermessen des Vormundschaftsgerichtes nothwendig machen, von ihnen abzugehen.[12]

2. Ein **Gegenvormund** muß nicht bei jeder Vormundschaft bestellt werden. Nothwendig ist seine Bestellung in der Regel, wenn mit der Vormundschaft eine **Vermögensverwaltung** verbunden ist.[13]

Die Frage seiner Einsetzung unterliegt aber dem gerichtlichen Ermessen, wenn kein Vermögen des Mündels vormundschaftlich zu verwalten ist,[14] z. B. das Mündelvermögen nach Familienrecht oder nach rechtsgültiger Anordnung des Erblassers von der Mutter als Nießbraucherin verwaltet wird.[15] Es

12) Allerdings findet sich in der V. O. nur für die Befreiung von der Sicherheitsstellung im § 59 Abs. 2 vorgeschrieben, daß die Befreiung wegfällt, wenn Umstände eingetreten sind, welche eine Sicherheitsstellung nothwendig machen. Diese Bestimmung ist aber nach der ratio legis auf alle Arten der Befreiung anzuwenden. Denn es ist folgerecht, daß die von den Eltern ausgehenden Befreiungen nur so lange und so weit anerkannt werden, als deren thatsächliche Voraussetzungen bestehen; sind diese Voraussetzungen weggefallen, so ist ihre Basis geschwunden, vgl. auch V. O. § 18 Abs. 2 und § 36 Satz 2. Dies müßte man selbst annehmen, wenn das Gesetz gar nichts über die bezügliche Frage enthielte. Demnach ist § 59 Abs. 2 nicht als Sonderbestimmung anzusehen, sondern als Ausfluß der Grundgedanken des Gesetzes. Wichtig ist die Frage namentlich für die Hinterlegung der Werthpapiere. Wenn der Vater den Vormund von der Hinterlegung befreit hat, weil der Ernannte ein reicher und durchaus sicherer Mann war, derselbe aber durch unerwartete Unglücksfälle in Vermögensverfall gerieth, soll dann der Richter nicht die Hinterlegung der Mündelpapiere nach V. O. § 60 fordern können? Unklar ist, wie das Recht der Vormundschaftsbehörde, Sicherheitsstellung zu fordern, in dem Fall den Mündel schützen soll, wenn der Vormund nichts besitzt; das Vormundschaftsgericht kann den Vormund nicht entsetzen, wenn keine Sicherheit bewirkbar ist, sondern nur, wenn er sich pflichtwidrig erweist. Die Kommentatoren der Vormundschaftsordnung freilich wollen von dem das Gesetz durchziehenden Grundgedanken nichts wissen, sie halten sich an den Paragraphen. So Löwenstein zu § 59, auch Dalcke bei Koch L. R. Bd. 4 zum § 47 der V. O., Neumann § 59 der V. O. u. s. w.; vgl. aber bei Gruchot Bd. 24 S. 820.

13) V. O. § 26. Ob mehrere Gegenvormünder berufen werden können, was Dernburg V. R. § 36 verneint, Brettner bei Gruchot Bd. 20 S. 19 und Löwenstein zu § 26 bejahen, möchte eine Schulfrage bilden. Es wird nur eine unter Mehrere getheilte Gegenvormundschaft anzuerkennen sein, nicht eine gemeinschaftliche, auf die V. O. § 30 Abs. 1 wohl nicht angewendet werden könnte.

14) Wann eine Vermögensverwaltung des Vormundes stattfindet, ist keineswegs ganz klar. Ueberwiegend erachtet man die Anlage einer geringen Summe bei der Sparkasse nicht als Vermögensverwaltung, obgleich doch die Erhebung der Zinsen, das etwaige Stehenlassen der entbehrlichen Zinsen, ihre Verwendung, eine fortlaufende Kette von Verwaltungsakten bildet, die freilich keine großen Summen betreffen. Handelt es sich aber bei Einsetzung eines Gegenvormundes um einen Schutz, so sollte man denselben den kleinen Leuten so wenig versagen, wie dem Mittelstande und dem größeren Kapital. Zudem kommen dort Unterschlagungen am häufigsten vor. Man würde daher gut thun, den Begriff der Vermögensverwaltung nicht zu eng zu ziehen. Ist nur wenig zu verwalten, so ist auch die Last der Gegenvormundschaft keine erhebliche.

15) Dem Mündel kann in solchen Fällen statt eines Vormundes ein Pfleger bestellt werden, Eccius Bd. 4 § 231 Anm. 31. — Die Aufschrift der bei Johow Preuß.

steht ferner im Ermessen des Richters, ob er neben mehreren ungetrennt verwaltenden Vormündern einen Gegenvormund einsetzt;[16] endlich auch ob er einen Gegenvormund neben dem Pfleger bestellt, selbst dann, wenn derselbe eine Vermögensverwaltung führt.[17]

Neben dem gesetzlichen Vormunde muß der Richter einen Gegenvormund bestellen behufs vorgängiger Prüfung der nach der Vormundschaftsordnung von dem Vormundschaftsgericht zu genehmigenden Handlungen. Hiervon abgesehen darf er neben dem gesetzlichen Vormunde keinen Gegenvormund ernennen.[18] Auch ist er zur Ernennung eines Gegenvormundes nicht befugt, wenn dessen Einsetzung von dem Vater oder der Mutter des Mündels rechtsgültig untersagt wurde.

Das Feld der Thätigkeit des Gegenvormundes ist die Aufsicht über die Verwaltung des Mündelvermögens. Im Einzelnen gestalten sich seine Rechte und Pflichten folgender Art:

a) Der Gegenvormund hat darauf zu achten, daß die Verwaltung ordnungsmäßig geführt wird, und dem Gericht anzuzeigen, wenn er pflichtwidrige oder zweckwidrige Maßnahmen oder Unterlassungen oder Eintritt der Unfähigkeit des Vormundes bemerkt.[19] Vorgesetzter des Vormundes ist er nicht, Anweisungen hat er ihm nicht zu geben.

Der Gegenvormund wirkt bei Errichtung des Inventars über das Mündelvermögen mit und hat, wie der Vormund, Richtigkeit und Vollständigkeit des Inventars pflichtmäßig zu versichern.[20] Die Rechnung, welche der Vormund dem Gerichte vorzulegen hat, oder die an deren Stelle tretende Uebersicht des Vermögensstandes ist ihm unter Nachweisung des Vermögens zur Prüfung vorzulegen, sie wird mit seinen Bemerkungen versehen; auch die Schluß-

---

App. Ger. Bd. 6 S. 347 mitgetheilten Entscheidung lautet: „die Bestellung eines Gegenvormundes ist, wenn mit der Vormundschaft eine Vermögensverwaltung nicht verbunden ist, vom Ermessen des Vormundschaftsrichters abhängig und hiergegen eine Beschwerde nicht statthaft", dies steht aber in der Entscheidung nicht und wäre auch nicht richtig. Denn Beschwerde ist auch in Fällen zulässig, in denen eine Anordnung vom Ermessen des Vormundschaftsgerichts abhängig ist, dieses aber hierbei fehlgegriffen hat.

16) V. O. § 26 Abs. 3 bestimmt, daß wenn mehrere Vormünder die Verwaltung nach „Geschäftszweigen" getrennt führen, der eine zum Gegenvormund des andern bestellt werden kann. Dies muß auch gelten, wenn die Vormundschaft nach den Orten, wo sich das Mündelvermögen befindet, getheilt ist.

17) V. O. § 91.

18) V. O. § 26 Abs. 4.

19) V. O. § 31, Eccius Erörterungen S. 9 ff., S. 13.

20) V. O. § 35.

rechnung, welche dem Mündel gelegt wird, ist in derselben Weise zu behandeln.[21]

b) Das Vormundschaftsgericht hat vor der Entscheidung über die zu einer Handlung des Vormundes erforderliche Genehmigung, desgleichen vor Zubilligung eines Honorars an den Vormund den Gegenvormund zu hören.[22]

c) Die Anlage baarer Gelder hat im Einvernehmen mit ihm zu geschehen,[23] Verfügungen des Vormundes, welche die Forderungen des Mündels betreffen, bedürfen seiner Zustimmung.[24]

§ 80. Gesetzliche Vormundschaft.

Die Regel der Vormundschaftsordnung ist, daß der Vormund vom Vormundschaftsgericht bestellt und verpflichtet wird, wie dies der Entwickelung des deutschen Vormundschaftsrechts entspricht.[1] Es besteht jedoch ausnahmsweise in einigen Fällen eine gesetzliche Vormundschaft, welche unmittelbar eintritt, ohne daß die Vermittelung des Gerichts stattfindet:

1. Der Vater wird gesetzlicher Vormund des Minderjährigen,[2] wenn seine Gewalt erlischt durch Verheirathung,[3] durch getrennte Haushaltung[4] oder durch Entlassung des Kindes,[5] ohne daß dasselbe die Rechte eines Großjährigen erlangt.

Der Vater ist ferner gesetzlicher Vormund seines großjährigen unter Vormundschaft gestellten Kindes.[6]

---

21) Vgl. V. O. §§ 56 Abs. 3, 57 Abs. 2, 67 Abs. 2.

22) V. O. § 55 Abs. 2, § 34 Abs. 2.

23) V. O. § 39.

24) V. O. § 41. Näheres siehe unten § 85 Ziff. I.

1) Ihren Ausgangspunkt hatte die Allgemeinheit der obrigkeitlichen Bestellung in der Reichspolizeiordnung von 1548 Tit. 31 § 2, welche die Verwaltung jeder Vormundschaft von einem obrigkeitlichen Dekret abhängig machte. Demgemäß bildete sich gemeinrechtlich und ganz bestimmt im Landrecht jede Vormundschaft zur s. g. Dativtutel, L. R. II, 18 §§ 110 ff., 172 ff., oben § 73 im Text vor Anm. 4.

2) V. O. § 12 Abs. 1.

3) Vgl. L. R. II, 2 §§ 228, 229. Oben § 48 Ziff. 4.

4) Nach L. R. endigt getrennte Haushaltung des Minderjährigen die väterliche Gewalt an sich nicht, L. R. II, 2 § 223; die Einwilligung des Vaters zur Betreibung eines besonderen Gewerbes des minderjährigen, aber mehr als 20 Jahre alten Sohnes für eigene Rechnung hat dagegen die Wirkung einer ausdrücklichen Entlassung L. R. II, 2 § 218, vgl. oben § 48 Ziff. 2c.

5) L. R. II, 2 § 214 gestattet dies nur für Söhne über zwanzig Jahre, oben § 48 Ziff. 2b.

6) V. O. § 83.

Der Vater als gesetzlicher Vormund seiner Kinder ist vom Gesetz auf das freieste gestellt. Er ist frei von der Pflicht zur Inventarisirung des Mündelvermögens,[7] von Rechnungslegung und von Einreichung einer Vermögensübersicht bei Gericht, auch kann ihm keine Sicherstellung und ebensowenig Hinterlegung oder Außerkurssetzung der Werthpapiere des Mündels oder deren Eintragung in das Staats- oder Reichsschuldbuch vom Gericht auferlegt werden.[8]

2. Der Vater der unehelichen Mutter ist gesetzlicher Vormund ihres Kindes, ohne Rücksicht darauf, ob er die väterliche Gewalt über die Tochter hat; es sei denn, daß das Vormundschaftsgericht zur Ernennung eines anderen Vormundes schreitet.[9]

3. Der Vorstand der unter Verwaltung des Staates oder einer Gemeindebehörde stehenden Verpflegungsanstalten hat die gesetzliche Vormundschaft[10] über die in der Anstalt untergebrachten Pfleglinge, und zwar so, daß diese Vormundschaft auch die gesetzliche Vormundschaft anderer Personen ausschließt oder beendigt. Diese Vormundschaft dauert über Minderjährige bis zur Großjährigkeit, also auch nach der Entlassung aus der Anstalt.

Das Vormundschaftsgericht kann die gesetzliche Vormundschaft der Verpflegungsanstalt durch Bestellung eines anderen Vormundes beendigen.[11] —

Die gesetzliche Vormundschaft beginnt, sowie der Fall derselben gegeben ist; eine Verpflichtung durch das Vormundschaftsgericht, sowie Ausfertigung einer Bestallung findet nicht statt.[12] Die Verantwortlichkeit des Vormundes

7) Vgl. V. O. § 35 Abs. 2.

8) V. O. §§ 57 Abs. 1 und 2, 59 Abs. 3, 60 Abs. 2.

9) Vgl. V. O. § 12 Abs. 2. Aehnlich Anhang § 95 zu L. R. II, 2 § 614. Ueber Beschwerderecht vgl. Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 6 S. 35. Die Befreiungen der „Großeltern" des Mündels vgl. V. O. § 57 Abs. 1, § 59 Abs. 3 hat der Vater der unehelichen Mutter als Vormund ihres Kindes nicht.

10) V. O. § 13. Derselbe ist vorzugsweise dem französischen Rechte entlehnt.

11) Es ist bestritten, ob entmündigte, in eine Irrenanstalt untergebrachte Großjährige unter deren Vormundschaft treten, wenn die Anstalt eine staatliche oder kommunale ist. Die bezügliche Vorschrift ist gegeben für „Minderjährige" im zweiten Abschnitt der Vormundschaftsordnung. Nach § 83 der V. O. finden auf die Vormundschaft über Großjährige die Vorschriften des zweiten Abschnittes entsprechende Anwendung. Es muß zu dieser Anwendung aber Gleichheit der Verhältnisse vorliegen. Dies ist hier nicht der Fall. Bei in Anstalten untergebrachten Minderjährigen handelt es sich in der Regel um die vormundschaftliche Sorge für die Person, die Vermögen derselben sind meist unbedeutende, die Anstalt wird diese Sorge am besten und selbst nach der Entlassung übernehmen; bei großjährigen Geisteskranken wird es sich nicht selten um erhebliche, den Geschäften der Anstalt fremde, oft verwickelte Vermögensverhältnisse handeln. Kurlbaum II. im Justizministerialblatt 1876 S. 22 nimmt daher an, daß die gesetzliche Vormundschaft des Vorstandes nur für Minderjährige eintritt. So auch Löwenstein zu V. O. § 83. Turnau Bd. 2 § 86. Andere Ansicht bei Johow App. Ger. Bd. 8 S. 79.

12) V. O. § 24 Abs. 3.

beginnt von dem Augenblicke an, in welchem der Vormund von den die Vormundschaft begründenden Thatsachen Kenntniß erhält.

Die gesetzliche Vormundschaft tritt nicht ein, wenn der, welchem sie an sich anfallen müßte, bevormundet, handlungsunfähig oder nicht im Besitz der bürgerlichen Ehrenrechte ist.[13]

Es giebt keine gesetzliche Pflegschaft, keine gesetzliche Gegenvormundschaft nach der Vormundschaftsordnung.

§ 81. Richterliche Berufung zur Vormundschaft.

I. In der Regel ist die Vormundschaft s. g. Dativtutel,[1] so daß der Vormund vom Richter bestellt und verpflichtet wird. Es ist jedoch gewissen Personen ein gesetzliches Anrecht auf Bestellung durch den Richter zugestanden. Dies Anrecht haben in nachstehender Reihenfolge[2]:

1. wer, ohne die väterliche Gewalt zu erwerben, den Mündel an Kindesstatt angenommen hat; nach preußischem Rechte bezieht sich dies vorzugsweise auf die Adoptivmutter, da der Adoptivvater die Gewalt hat;[3]

2. wer von dem Vater — auch dem Adoptivvater[4] — in einem Testamente, in einer gerichtlich oder notariell beglaubigten,[5] oder in einer eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Urkunde als Vormund berufen ist, sofern der Vater bei seinem Tode die Gewalt oder die Vormundschaft über den Mündel hatte, oder im Falle der bereits erfolgten Geburt desselben die Gewalt gehabt hätte.

3. Die Mutter hat Anrecht auf die Vormundschaft über ihre ehelichen, nicht zur Adoption gegebenen[6] Kinder, vorausgesetzt, daß sie nicht mit einem Anderen als dem Vater des Mündels verheirathet ist und daß die Ehe mit dem Vater des Mündels nicht rechtskräftig getrennt ist.

---

13) V. O. § 25 Abs. 2.

1) Vgl. oben § 80 Anm. 1. Der Eintritt des Falles einer Bevormundung ist dem Vormundschaftsgericht nach § 16 der V. O. anzuzeigen von der Mutter, der Stiefmutter, den großjährigen Geschwistern, Adoptiveltern des Mündels, von dem Standesbeamten, endlich vom Gericht oder Staatsanwalt, wenn die Bevormundung in Folge eines gerichtlichen Verfahrens nöthig wird. Gegen die Beamten kann bei etwaiger Versäumniß disciplinarisch eingeschritten werden. Außerdem besteht gegen die Anzeigepflichtigen ein Regreßrecht des durch Nichtanzeige beschädigten Mündels.

2) Vgl. V. O. § 17.

3) Vgl. L. R. II, 2 § 681 ff., V. O. § 17 Ziff. 1 und § 21 Abs. 2.

4) Auch der Adoptivvater hat diese Rechte nach L. R. II, 2 § 681.

5) Auch ein gemäß Anh. § 35 zu § 163 L. R. I, 12 vorbehaltener Nachzettel genügt, Kam. Ger. Bd. 10 S. 61, Bd. 12 S. 57.

6) Dies obgleich die Mutter keine Stimme hat, wenn der Vater ihr Kind zur Adoption giebt, vgl. L. R. II, 2 § 679. Das Gesetz wurde bestimmt dadurch, daß das Kind oft in eine ganz verschiedene Lebensstellung tritt.

4. Weiter ist berechtigt, wer von der Mutter, welche die Vormundschaft bis zu ihrem Tode führte, in den — oben unter Ziff. 2 — bestimmten Formen berufen[7] ist, endlich

5. der Großvater väterlicher Seits, und

6. der Großvater mütterlicher Seits.

Der nach dem Gesetz Berufene hat auf die Bestellung zum Vormunde ein vom Belieben des Gerichtes unabhängiges Recht. Er kann binnen 4 Wochen nach erlangter Kenntniß der Berufung eines anderen Vormundes gegen die Uebergehung Beschwerde erheben,[8] mag das Vormundschaftsgericht von seinem Anrecht Kenntniß gehabt haben oder nicht. Sind Umstände eingetreten, welche die Bestellung als nachtheilig für den Mündel erscheinen lassen, so ist der Berufene mit seiner Zustimmung zu übergehen; erhebt er Widerspruch gegen die Uebergehung, so ist die Entscheidung des Beschwerdegerichts einzuholen.[9]

Der Ehefrau darf vor Jedem ihr Ehemann zum Vormunde bestellt werden.[10]

II. Ist keine gesetzlich berufene Person vorhanden, so hat der Richter nach seinem Ermessen den Vormund zu berufen.[11] Er hat den Waisen-

---

7) Es ist nicht erfordert, daß die Mutter, welche den Vormund beruft, ihrerseits ein Anrecht auf die Vormundschaft hatte, es genügt, daß sie dieselbe führte; daher hat auch die uneheliche, die wieder verheirathete Mutter ein Berufungsrecht, wenn sie Vormund war und blieb.

8) V. O. § 18. Es ist hier also die Beschwerde ausnahmsweise an eine Frist gebunden. Der Beschwerdeführer hat nicht zu beweisen, daß die Frist nicht abgelaufen ist — Löwenstein zu § 18 —, die Beschwerde ist wegen Fristversäumniß nur abzuweisen, wenn dieselbe aus den Akten oder der gesammten Sachlage klar hervorgeht. Das Beschwerderecht des Vaters der unehelichen Mutter im Falle seiner Beseitigung durch das Gericht kann nicht länger dauern als das ehelicher Großeltern, ebensowenig das Beschwerderecht entfernterer Verwandten des Mündels. Doch sind die Kommentatoren anderer Ansicht.

9) V. O. § 18. Was die letztwillige Berufung anlangt, so muß es sich um Umstände handeln, die dem Berufenden bei der Berufung nicht bekannt waren. So auch Kam. Ger. Bd. 2 S. 44; ob sie vor oder nach dem Akte der Berufung eintraten, ist unerheblich. — Die Einholung der Entscheidung des Beschwerdegerichtes ist nur erfordert in dem Falle, daß der im § 17 der V. O. Bezeichnete „fähig" war; sonst ist er nicht gesetzlich berufen. Ueber den Widerspruch eines Dritten gegen die Ernennung eines gesetzlich Berufenen befindet der Vormundschaftsrichter. Nur wenn er denselben für begründet erachtet, hat er die Sache an das Beschwerdegericht abzugeben.

10) V. O. § 17 Abs. 3. Bei Johow App. Ger. Bd. 8 S. 80 ff. wird vom Kammergericht ausgesprochen, daß der Ehemann einer Pflegebefohlenen zu den zur Vormundschaft berufenen Personen gehöre, deren Uebergehung nur nach Maßgabe der im § 18 der V. O. enthaltenen Vorschriften erfolgen könne. Aus dem Gesetz läßt sich dies nicht herauslesen, der Ehemann ist nicht gesetzlich berufen, der Richter kann ihn nur nach seinem Ermessen den gesetzlich Berufenen vorziehen.

11) Vgl. V. O. § 19 Abs. 1.

rath vorher hören, Bedingung der Gültigkeit der Ernennung ist dies nicht.[12] Es sind zunächst geeignete Verwandte und Verschwägerte zu wählen. Auch soll das religiöse Bekenntniß des Mündels nach Thunlichkeit berücksichtigt werden.[13]

Der Vormund wird vom Gericht durch Verpflichtung zu treuer Vormundschaftsführung mittels Handschlages an Eidesstatt bestellt. Er erhält eine Bestallung.[14] Die Bestellung eines Abwesenden ohne jene förmliche Weise der Verpflichtung ist jedoch nicht schlechthin ausgeschlossen, und kann unter Umständen unvermeidlich sein.

Die Grundsätze über Berufung und Bestellung des Vormundes gelten entsprechend auch für die des Gegenvormundes.[15]

§ 82. Unfähigkeit zur Vormundschaft. Entschuldigungsgründe.[1]

Die Unfähigkeit zur Vormundschaft ist von verschiedener Art und hat verschiedene Bedeutung

Gewisse Gründe bewirken absolute Unfähigkeit der Art, daß eine Vormundschaft in Wirklichkeit nicht eintritt, so daß der Scheinvormund nicht befugt ist, den Mündel zu vertreten, der Mündel also unbevormundet ist, auch ein Vorrecht im Konkurse gegen den Scheinvormund nicht hat.[2] Hierher gehören allgemein die Fälle, in welchen der Vormund schlechthin handlungsunfähig ist, insbesondere in Folge Geisteskrankheit. Die gesetzliche Vormundschaft tritt aber auch dann nicht ein, wenn derjenige, welchem sie der

---

12) Wenn auch der Richter durch V. O. § 19 Abs. 1 angewiesen ist, den Waisenrath mit seinen Vorschlägen zu hören, so kann er in dringlichen Fällen gleichwohl hiervon absehen. Auch steht nichts im Wege, daß der Richter dem Waisenrathe eine ihm bekannte Persönlichkeit bezeichnet, über welche sich derselbe gutachtend zu äußern hat. Natürlich wird die Persönlichkeit des Waisenrathes, das Vertrauen, welches der Richter zu ihm hegen kann, für das Maß seines Einflusses und seiner Wirksamkeit bestimmend sein.

13) V. O. § 19 Abs. 2.

14) V. O. § 24. Nach Johow App. Ger. Bd. 7 S. 31 wurde vom Kammergericht die Beschwerde eines Vormundes zurückgewiesen, welchem, obwohl er bereits verpflichtet war, die Bestallung verweigert wurde, weil sich aus dem inzwischen einlaufenden Bericht des Waisenrathes Bedenken gegen ihn ergaben, auf Grund deren an seiner Statt ein anderer Vormund ernannt wurde. Dies war tumultuarisch und eine Absetzung ohne gesetzlichen Grund. Das Gericht hätte Sicherstellung verlangen müssen und bis zu deren Stellung die Bestallung zurückhalten, etwa auch einen Pfleger ernennen können. Vgl. V. O. §§ 63 und 58, unten § 87 bei Anm. 6 und § 86 bei Anm. 12.

15) V. O. § 26. Abs. 5.

1) V. O. §§ 21, 25, 23.

2) Vgl. Reichskonkursordnung § 54 Ziff. 5. Das römische Recht hatte entsprechender — l. 19 § 1 D. de rebus a. j. p. 42, 5 — das privilegium exigendi auch gegeben, wenn ein Protutor verwaltete.

gesetzlichen Regel nach zufallen würde, bevormundet, oder nicht im Besitze der bürgerlichen Ehrenrechte ist.[3]

Andere Gründe der Unfähigkeit haben nur die Bedeutung, daß der Unfähige vom Richter nicht zum Vormunde bestellt, sowie daß er entlassen werden soll, wenn er gleichwohl durch Bestellung oder nach dem Gesetze Vormund wurde. Nur in diesem Sinne sind entmündigte Verschwender und mit dem Verluste der bürgerlichen Ehrenrechte Bestrafte unfähig, wenn sie richterlich zum Vormund bestellt wurden. Mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes können übrigens durch Ehrverlust Bestrafte Vormünder ihrer Descendenten werden, sowie bleiben.[4] Des Weiteren sind in diesem Sinne unfähig Personen unter einundzwanzig Jahren, auch wenn sie die gerichtliche Großjährigkeitserklärung erlangten, Gemeinschuldner während der Dauer des Konkursverfahrens, offenkundig einen unsittlichen Lebenswandel führende, sowie durch den Vater oder die Mutter des Mündels in gesetzlicher Weise ausgeschlossene Personen.

In gleichem Sinne unfähig sind endlich in der Regel weibliche Personen. Allein die Vormundschaftsordnung hat, den modernen Anschauungen entsprechend, diese Unfähigkeit durch weitgehende Ausnahmen durchbrochen. Fähig ist die Mutter und die Großmutter bezüglich ihrer ehelichen Kinder und Enkel, vorausgesetzt, daß sie bei etwaiger Trennung ihrer Ehe mit dem Vater oder Großvater des Mündels nicht für den schuldigen Theil erklärt wurde, ferner die Mutter über ihre unehelichen,[5] sowie über ihre angenommenen Kinder; fähig sind endlich Frauen, welche Vater oder Mutter des Mündels nach Maßgabe der gesetzlichen Bestimmungen als Vormünder bezeichnet haben. Verheirathete Frauen bedürfen der Zustimmung ihres Ehemannes zur Uebernahme der Vormundschaft,[6] es handele sich denn um seine eigene Bevormundung oder die seiner Kinder. Ist der Ehemann bevormundet, z. B. wegen Abwesenheit, so wird seine Zustimmung durch die seines Vormundes ersetzt. Die Zustimmung des Ehemannes ist, wenn einmal ertheilt, nicht willkürlich zurückziehbar; man wird aber den Ehemann als legitimirt ansehen, die Entlassung seiner Frau auch ohne deren Willen aus erheblichen Gründen beim

3) V. O. § 25 Abs. 2. Auch hier besteht also das Vorrecht nicht.

4) Strafgesetzbuch § 34 Ziff. 6.

5) Daß die Großmutter Vormund der Kinder ihrer unehelichen Tochter sein kann, nimmt an Dernburg Vormundschaftsrecht § 49; jedenfalls erscheint dies praktisch zweckmäßig. Auch würde sonst trotz des gleichen Wortlautes der V. O. § 21 Abs. 2 der Rechtszustand da, wo in dieser Materie gemeines Recht gilt, z. B. auch in der Mark, von dem landrechtlichen Zustande abweichen, die Großmutter also dort zur Vormundschaft über die Enkel fähig sein, hier nicht. Jedoch a. Ans. Kam. Ger. Bd. 3 S. 45.

6) V. O. § 21 Abs. 3.

Vormundschaftsgericht zu beantragen.[7] Der Ehemann einer mit seiner Zustimmung zum Vormunde bestellten Frau haftet, wenn er nicht der Vater des Mündels ist, als Bürge für die vormundschaftliche Verwaltung.[8] Er hat als Bürge die Einrede der Vorausklage.

Berechtigt zur Ablehnung der Vormundschaft sind nach den Reichsgesetzen Militärpersonen des Friedensstandes und Civilbeamte der Militärverwaltung,[9] nach der Vormundschaftsordnung Nichtpreußen,[10] Weiber,[11] über 60 Jahre alte Personen, wer außer einer Vormundschaft oder einer Pflegschaft noch eine Gegenvormundschaft oder Pflegschaft inne hat,[12] ferner durch Krankheit dauernd Verhinderte, außerhalb des Bezirks des Vormundschaftsgerichts Domicilirte, wer mehr als 4 minderjährige eheliche Kinder hat, wer vom Vormundschaftsgericht zur Stellung einer Sicherheit angehalten wird.[13] Das Ablehnungsgesuch muß beim Vormundschaftsgericht vor der Verpflichtung angebracht werden; das Ablehnungsrecht geht nicht verloren, wenn der Berufene trotz seiner Ablehnung vom Gerichte verpflichtet ward, vielmehr

---

7) V. O. § 63 hat allerdings diesen Fall nicht vorgesehen.

8) V. O. § 32 Abs 3. Es ist bestritten, ob sich diese Bürgschaft auch auf die vor Abschluß der Ehe vorgenommenen Akte bezieht, oder nur auf diejenigen, die nach Abschluß der Ehe vorgenommen sind. Für das Erstere Dernburg V. R. § 49, da die Verwaltung ein einheitliches Ganze bilde und der § 32 in dieser Hinsicht nicht unterscheide. Das Letztere nimmt u. A. Brettner bei Gruchot Bd. 20 S. 416 an. Sein Grund aber, daß den Ehemann die gesetzliche Bürgschaft lediglich um deswillen treffe, weil die Ehefrau mit seinem Willen verwaltet, ist nicht durchschlagend, denn so richtig dies ist, so ergiebt sich hierbei doch nichts für die Frage, wie weit sich die Bürgschaft erstreckt. Da die vormundschaftliche Verwaltung eine einheitliche ist, so ist eine Trennung auch kaum durchführbar. Hat z. B. die Frau vor Eingehung der Ehe eine Summe dem Mündel abhanden gebracht, so ist sie stets und auch nach dem Eheschluß verpflichtet, dieselbe dem Mündel zu ersetzen. Für den Richterſatz muß daher der Mann auch nach der Gegenansicht einstehen.

9) Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 41.

10) Nach V. O. § 20 sind „Preußen" zur Uebernahme einer Vormundschaft gesetzlich verpflichtet, Nichtpreußen sind also zur Ablehnung befugt, hat aber der Nichtpreuße die Vormundschaft übernommen, so endigt dieselbe nur aus denselben Gründen, wie bei einem Preußen. Kam. Ger. Bd. 4 S. 73.

11) V. O. § 23.

12) Nach V. O. § 23 Ziff. 3 hat einen Ablehnungsgrund „wer bereits mehr als eine Vormundschaft oder Pflegschaft führt". Nach Abs. 2 aber „steht die Führung einer Gegenvormundschaft im Sinne der Nr. 3 der Führung einer Vormundschaft nicht gleich", dies sollte heißen, zwei Gegenvormundschaften genügen nicht, es soll also eine Gegenvormundschaft hier nicht wie sonst im Gesetze einer Vormundschaft gleich stehen. Unrichtig ist es, wenn die Kommentatoren den Absatz 2 auslegen, auf Gegenvormundschaften solle überhaupt keine Rücksicht genommen werden. Das Verstärkte, die Grundlage der Ablehnung muß eine Vormundschaft oder Pflegschaft sein; die Verstärkung aber, welche das Gewicht voll macht, kann jedes vormundschaftliche Institut sein, Vormundschaft, Pflegschaft und Gegenvormundschaft, natürlich aber muß es sich um etwas Vormundschaftliches handeln, also nicht um eine Testamentsexekution, eine Konkurskuratel. So war die Sache gemeint, und hiermit stimmt auch der Text des Gesetzes.

13) V. O. § 23 Ziff. 4—7 und unten § 86 Anm. 13.

bleibt ihm die Beschwerde offen, die, falls sie durchdringt, zur Entlassung führt.

Militärpersonen des Friedensstandes und Civilbeamte der Militärverwaltung, Reichs- und Staatsbeamte, im Kommunal- und im Kirchendienste besoldet Angestellte bedürfen der Genehmigung ihrer zunächst vorgesetzten Behörde zur Führung der ihnen gerichtlich anvertrauten Vormundschaft.[14]

Wer nicht gesetzlich unfähig oder zur Ablehnung berechtigt ist, muß die Vormundschaft, zu der er berufen ist, übernehmen. Weigert er sich der Uebernahme, so kann er zu derselben vom Vormundschaftsgerichte durch Ordnungsstrafen bis zum Betrage von je 300 Mark angehalten werden, mehrere Strafen sind nur in Zwischenräumen von mindestens einer Woche zu verhängen. War dreimal die Strafe ohne Erfolg, so ist ein anderer Vormund zu bestellen.[15]

Für Gegenvormundschaft und Pflegschaft gelten bezüglich der Fähigkeit, der Ablehnung, der Genehmigung und der Uebernahmepflicht dieselben Grundsätze wie bei der Vormundschaft.

§ 83. Rechte und Pflichten des Vormundes.

I. Dem Vormunde liegt in erster Linie die Sorge für die Person des Mündels ob.[1]

Die Sorge für die Person des Mündels theilt er mit dessen Mutter, welcher die Erziehung unter der Aufsicht des Vormundes zusteht. Dies Recht kann ihr aber aus erheblichen Gründen durch das Vormundschaftsgericht nach Anhörung des Vormundes sowie des Waisenrathes entzogen werden.[2] Der Vormund hat die Kosten der Erziehung aus den Mitteln des Mündels zu gewähren; in Streitfällen zwischen der Mutter und dem Vormunde über die Höhe derselben wird zunächst dem Vormundschaftsgericht die Entscheidung anheimfallen.[3] So weit ein Recht der Mutter nicht besteht, hat der Vormund das volle Erziehungsrecht,[4] welches er selbst oder

14) Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 41, V. O. § 22, Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 § 19. Der Umstand, daß die Genehmigung noch nicht ertheilt ist, hindert nicht die Verpflichtung als Vormund; er ist aber zu entlassen, wenn die Genehmigung versagt wird, V. O. § 63. So auch wenn er nach Verpflichtung als Vormund in die Dienststelle eintritt, was freilich mit dem Wortlaut des § 41 des Reichsmilitärgesetzes nicht übereinstimmt, Dernburg Vormundschaftsrecht § 59.

15) V. O. § 20.

1) V. O. § 27. Während des Drucks erschien: Badstübner, Der Waisenrath und seine Mitwirkung in Erziehungsangelegenheiten, Berlin 1895. Jeder preußische Vormundschaftsrichter, jeder Waisenrath sollte dies Schriftchen lesen und beherzigen.

2) V. O. § 28. Die Adoptivmutter hat die Erziehungsrechte der leiblichen Mutter.

3) Dies nimmt Eccius Erört. S. 19 ff. mit Recht an. Die Mutter kann indessen die Frage auch an das Prozeßgericht bringen.

4) Die Rechte etwaiger Pflegeeltern auf Erziehung des Pflegekindes bleiben jedoch unberührt, vgl. Johow App. Ger. Bd. 5 S. 39 und oben § 64 Ziff. 2.

durch andere ausüben kann. Der Vormund ist zu angemessener Züchtigung des Mündels befugt;[5] steht das Kind in der Erziehung der Mutter, so wird er in der Regel im Einverständniß mit ihr zu handeln haben. Ueber die Wahl des Berufes des Mündels hat der Vormund zu entscheiden, doch kann das Vormundschaftsgericht auf Beschwerde abändernd einschreiten.[6]

Der Vormund hat die persönlichen Rechte des Mündels zu wahren, insbesondere dessen Familienstellung zu vertheidigen;[7] diese Pflichten liegen auch dem Vormunde eines Großjährigen, insbesondere dem Abwesenheitsvormunde ob.[8]

II. Dem Vormunde fällt weiter die Verwaltung des Mündelvermögens anheim, so jedoch, daß ihm nach Umständen frei steht, sich vertreten zu lassen, soweit es sich um Rechte handelt, die ihrem Wesen nach eine Vertretung gestatten.

1. Die Grundlage für die Verwaltung hat ein Inventar zu bilden, welches der Vormund baldmöglichst unter Zuziehung des etwa vorhandenen Gegenvormundes über das bei Einleitung der Vormundschaft vorhandene oder später dem Mündel zufallende, vormundschaftlich zu verwaltende Vermögen

---

5) Dies folgt aus dem Erziehungsrechte des Vormundes. Nichts dagegen beweist, daß das Abgeordnetenhaus den vom Herrenhause zu § 27 — jetzt § 28 — beantragten Zusatz verworfen hat: „der Vormund hat über den Mündel das väterliche Züchtigungsrecht", denn damit blieb die Frage offen. Anderer Ansicht Neumann zu V. O. § 27. Im Leben erledigt sich die Sache von selbst.

6) Die obervormundschaftliche Genehmigung ist nicht mehr wie nach L. R. II, 18 § 329 erfordert. Allein hiermit ist nicht ausgeschlossen, daß das Vormundschaftsgericht in Folge seines Aufsichtsrechtes, auf Beschwerde des Mündels oder der Mutter oder des Waisenrathes oder auch von Amtswegen gegen den Vormund bei einer unangemessenen Wahl des Berufes einschreitet. Ist doch selbst der Vater in der Wahl des Lebensberufes für das Kind nicht unbeschränkt, L. R. II, 2 § 108 ff., oben § 51 Ziff. 6. Vgl. Johow App. Ger. Bd. 7 S. 68. Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 5 S. 56, 63, 68. Ueber die religiöse Erziehung der Mündel vgl. oben § 51 Ziff. 5.

7) Siehe oben Bd. 1 § 138 Ziff. 2. Vgl. auch R. Straf. Proc. Ord. § 65 bezüglich des Rechtes zu Strafanträgen.

8) V. O. § 82 bestimmt allerdings: „Abwesende Großjährige .... erhalten einen Vormund zur Vertretung bei ihren Vermögensangelegenheiten." Die Fassung ist also enger als die des L. R. II, 18 § 19: „Abwesenden ... muß der Staat zur Erhaltung ihres zurückgelassenen Vermögens und zur Besorgung ihrer übrigen Angelegenheiten Vormünder bestellen." Es sollte indessen mit jenen Worten nur das Hauptsächlichste bezeichnet werden. Daß die Befugnisse des Abwesenheitsvormundes zu einer wahren Vormundschaft gestaltet werden, daß seine Rechte denen der Vormünder der Minderjährigen gleichstehen sollten, ergiebt V. O. § 83 Abs. 3: „Im Uebrigen finden auf die Vormundschaft über Großjährige die Vorschriften des zweiten Absatzes dieses Gesetzes entsprechende Anwendung. Insbesondere ist auch der Vormund eines Abwesenden berechtigt, für denselben zu erwerben, Rechtsstreite zu führen." Daß sich dies bloß auf Vermögensklagen bezieht, ist nicht zu erweisen. Auch die Motive des Entwurfes der V. O. finden im § 83 Abs. 3 sedes materiae bezüglich des Umfanges der Befugnisse des Abwesenheitsvormundes. Eine Anwendung des Princips siehe oben § 43 Anm. 5, vgl. übrigens auch oben § 19 Anm. 17. Die Kommentatoren vertreten das entgegengesetzte Princip.

errichten muß.[9] Während das Landrecht gerichtliche Inventur verlangte, somit nur ausnahmweise ein Privatverzeichniß zuließ,[10] ist derzeit nur ein Privatverzeichniß erfordert, welches selbstverständlich „genau und vollständig" sein, insbesondere auch die Werthangabe der Mündelobjekte oder doch eine Beschreibung derselben enthalten muß, nach welcher sich deren Werth bestimmen läßt. Ob es zu diesem Zwecke einer Abschätzung durch Sachverständige bedarf, ist Frage des Einzelfalles, schlechthin ist sie nicht erfordert.[11] Der Vormund kann übrigens die Aufnahme des Inventars durch den Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit verlangen. Das Inventar ist dem Vormundschaftsgericht unter der vom Vormunde und dem mitwirkenden Gegenvormunde abzugebenden pflichtmäßigen Versicherung der Richtigkeit und Vollständigkeit einzureichen. Eidliche Bestärkung des Inventars kann das Vormundschaftsgericht nicht mehr, wie nach Landrecht, fordern,[12] nur der Mündel oder sein Stellvertreter ist hierzu im Prozeßwege befugt.

Befreiung von der Errichtung eines Inventars kann nicht angeordnet werden, da sie für die Regel die Kontrole der Verwaltung unmöglich machen würde, der Erblasser des Mündels kann aber die Offenlegung des Inventars ausschließen.[13] Der Vater als gesetzlicher Vormund ist von der Pflicht der Errichtung eines Inventars frei.

Die Pflicht der Inventarerrichtung bezieht sich nur auf das vormundschaftlich verwaltete Vermögen des Mündels.[13a] Hat die Mutter den Nießbrauch und die Verwaltung des Vermögens ihrer Kinder frei von der Pflicht der Inventarisirung, so wird hieran also dadurch nichts geändert, daß sie auch Vormünderin ihrer Kinder wird. Ebensowenig steht dem Vormunde zu, von Dritten, z. B. der überlebenden Ehegattin des Vaters des Mündels, eine In-

---

9) V. O. § 35. Eine Frist ist nicht vorgeschrieben. Besteht das Vermögen des Mündels in einem Antheil an einem ungetheilten Nachlaß, so ist ein Verzeichniß des gesammten Nachlasses einzureichen, wie auch später ein Verzeichniß der bei der Erbtheilung dem Mündel überwiesenen Vermögensstücke.

10) L. R. II, 18 § 376 ff.

11) Vgl. Johow App. Ger. Bd. 5 S. 285. Ein Antrag, die Zuziehung von Taxatoren schlechthin obligatorisch zu machen, wurde in der Kommission des Herrenhauses abgelehnt. Damit ist nicht verneint, daß sie unter Umständen nöthig wird.

12) V. O. § 35 Abs. 1. Nach L. R. II, 18 § 389 konnte der Vormundschaftsrichter eidliche Bestärkung des Privatinventars fordern; dies ist weggefallen, die pflichtmäßige Versicherung des Vormundes ist an die Stelle getreten. Bei Ascendenten konnte schon nach Landrecht der Richter von der eidlichen Bestärkung absehen, nur die Wittwe mußte eine solche im Falle des Ueberganges zur zweiten Ehe vor deren Abschließung vornehmen, L. R. II, 18 § 392. Dies gehört ersichtlich nicht, wie Möbius Erört. S. 19 annimmt, dem Rechtsverhältniß der Eltern, sondern gerade dem Vormundschaftsrecht an, ist also weggefallen. Vgl. R. G. in Strafsachen Bd. 7 S. 276.

13) Siehe das Nähere in V. O. § 35 Abs. 3.

13a) Vgl. Kam. Ger. Bd. 10 S. 66.

ventarisirung desjenigen Mündelvermögens zu fordern, welches sie aus eigenem Rechte frei von der Pflicht der Inventarisirung, nutzen und verwalten.[14]

2. Hat ein Erblasser des Mündels über die Verwaltung oder die Veräußerung der zu seinem Nachlasse gehörigen Gegenstände — in den Formen, welche die Vormundschaftsordnung für die Berufung der Vormünder aufstellt — Bestimmungen für den Vormund getroffen, so sind diese zu befolgen.[15] Es können hierdurch die Befugnisse des Vormundes eingeschränkt, sie können aber auch, indem ihm z. B. Anschaffung nichtpupillarischer Obligationen verstattet wird, erweitert werden. Das Vormundschaftsgericht hat die Befolgung zu überwachen. Sind Umstände eingetreten, die dem Erblasser unbekannt geblieben waren, und die Befolgung als dem Mündel nachtheilig erscheinen lassen, so hat es eine Abweichung von den Vorschriften des Erblassers zu gestatten oder auch zu gebieten.

3. Der Vormund vertritt den Mündel bei Rechtsgeschäften, und Prozessen der Art, daß die im Namen des Mündels abgegebenen Erklärungen denselben so verbinden, wie den Handlungsfähigen eigene Erklärungen.[16] Der Vormund ist befugt zu Eideszuschiebungen, zu Verzichtleistungen. Zu Liberalitäten auf Kosten des Mündels ist er hingegen nicht berechtigt.[17] Schenkungen, welche in der Vermögensverwaltung begründet oder sonst üblich sind, kann er vornehmen.

---

14) Johow App. Ger. Bd. 6 S. 43 ff.

15) V. O. § 36 Satz 1. Der Erblasser kann allgemein letztwillig über Verwaltung oder Veräußerung seines Nachlasses Bestimmungen treffen. Solche Bestimmungen sind rein erbrechtliche, sind in deren Formen zu treffen, und haben die Wirkungen, welche ihnen die Grundsätze des Erbrechts gewähren. Hier ist aber die Rede von Vorschriften, die nur die vormundschaftliche Verwaltung und Veräußerung betreffen sollen. Sie sind als dem Vormundschaftsrechte angehörig gedacht, und nur hieraus rechtfertigt sich, daß das Vormundschaftsgericht legitimirt ist, unter Umständen von ihnen abzugehen. Man wird daher für sie die Formen der V. O. § 17 unter 2 fordern müssen. Formlose Anordnungen erachten als genügend die Beschlüsse bei Johow App. Ger. Bd. 5 S. 285. Eccius Erört. S. 18 steht grundsätzlich auf anderem Standpunkte als dem hier angenommenen, widerspricht jedoch gleichfalls der Formlosigkeit.

16) V. O. § 27. Siehe auch oben § 53 Ziff. 2. Ueber die strafrechtliche Verantwortlichkeit bei der Verwaltung der Mündelgeschäfte vgl. R. G. in Strafsachen Bd. 24 S. 353.

17) V. O. § 38 spricht davon, daß „Schenkungen" dem Vormunde verboten sind. Hierunter sind aber Liberalitäten jeder Art zu verstehen, z. B. Aufgabe eines noch nicht erworbenen, aber angetragenen Vortheils, Verzicht auf ein Pfandrecht, bloß in der Absicht freigebig zu sein. Eccius Erört. S. 15 — Pr. P. R. Bd. 4 § 232 Anm. 7 — ist nicht einverstanden. Er will die alte juristische Regel, daß Ausnahmevorschriften strikter Interpretation unterliegen, anwenden, die ihm auch der Natur der Sache hier zu entsprechen scheint. Dabei wäre aber zuvörderst festzustellen gewesen, ob hier eine „Ausnahmevorschrift" vorliegt. Dies ist nicht der Fall, wenn man nicht von einer vermeinten Omnipotenz des Vormundes ausgeht. Der Vormund hat bezüglich des Mündelvermögens nur ein Verwaltungsrecht, Verwaltung aber giebt nie ein Recht zu reinen Liberalitäten. Deshalb ist Schenkung hier im weitesten Sinne zu nehmen. So R. G. Bd. 33 S. 210.

4. Gelder, welche zu laufenden oder zu anderen durch die Vermögensverwaltung begründeten Ausgaben nicht erforderlich sind, hat der Vormund im Einverständniß mit dem Gegenvormunde zinsbar in den gesetzlich bezeichneten Werthen anzulegen.[18] Pupillarische Anlagen sind nach der Vormundschaftsordnung vom Reiche oder einem deutschen Bundesstaate gesetzlich ausgestellte oder garantirte Schuldverschreibungen, Rentenbriefe der preußischen Rentenbanken, Seitens der Inhaber kündbare oder einer regelmäßigen Amortisation unterliegende Schuldverschreibungen deutscher kommunaler Korporationen oder ihrer Kreditanstalten, endlich sichere Hypotheken und Grundschulden, d. h. bei ländlichen Grundstücken innerhalb $^2/_3$, bei städtischen innerhalb $^1/_2$ des Taxwerthes.[19] Bei ländlichen Grundstücken genügt es, daß die Hypothek oder Grundschuld innerhalb des funfzehnfachen Betrages des Grundsteuerreinertrages bleibt. Es stehen sicheren Hypotheken gleich Pfandbriefe von auf Gegenseitigkeit gegründeten, mit Korporationsrechten versehenen Kreditanstalten, welche statutarisch nur innerhalb jener Werthgrenzen beleihen. Versäumt oder verzögert der Vormund die Anlegung der Gelder, so hat er für das Jahr 6 % zu vergüten.[20]

Gelder, welche in solcher Weise den Umständen nach nicht anzulegen sind, sind bei einer öffentlichen obrigkeitlich bestätigten Sparkasse zinsbar zu belegen.[21]

---

18) Vgl. V. O. § 39. Zu laufenden Ausgaben bestimmte Gelder können inzwischen im Kontokorrent bei einem Banquier belegt werden.

19) Die Taxe muß eine gerichtliche, oder doch bei landwirthschaftlichen Grundstücken eine landschaftliche, bei städtischen eine von einer öffentlichen Feuerversicherung aufgenommene sein. Gerichtliche Taxen sind theuer. Dies hindert die pupillarische Anlage auf Hypotheken in erheblichem, dem Mündel ungünstigem Maße. Ueber die Aufnahme gerichtlicher Taxen vgl. A. G. O. II, 6 § 1 ff. Anhang zur A. G. O. § 437, Gesetz vom 15. Juni 1840, R. G. Bd. 15 S. 284 und im J. M. Bl. 1884 S. 220.

20) V. O. § 39 Abs. 5. Die V. O. hat offen gelassen, welche Folgen es hat, wenn der Vormund die Geldanlagen in anderen als pupillarischen Werthen macht. Der Mündel wird auch dann zweifelsohne Eigenthümer des für ihn Angeschafften R. G. Bd. 16 S. 205. Es fragt sich aber, welche Folgen die gesetzwidrige Anlage von Werthen bezüglich der Verantwortlichkeit des Vormundes nach sich zieht. Der Vormund wird jedenfalls den gesammten, aus der gesetzwidrigen Anlage, wenn auch nur zufälligerweise sich ergebenden Schaden zu tragen haben, wobei aber eine compensatio lucri et damni einzutreten hat, wenn durch Anlagen, welche der Vormund gleichzeitig oder doch im Sinne eines einheitlichen Planes machte, für den Mündel besonderer Nutzen erzielt wurde, vgl. l. 16 D. de adm. tut. 26, 7. A. A. Eccius Erört. S. 21. Das Vormundschaftsgericht wird außerdem den Vormund zur Anschaffung pupillarischer Werthe anzuhalten haben, doch keinesfalls so, daß dieselbe zur Unzeit mit besonderen Verlusten geschieht. Nach R. G. Bd. 16 S. 205 kann das Gericht dem Mündel einen Pfleger bestellen, welcher im Prozeßweg den Vormund auf Rückgängigmachen der gesetzwidrigen Anlage belangt.

21) Dies wird zunächst dann stattzufinden haben, wenn sich Vormund und Gegenvormund über die Anlage nicht einigen können. Aber eine dauernde Anlage größerer

Der Vormund ist nicht verpflichtet, Geldanlagen, welche er vorfindet oder dem Mündel im Laufe der Vormundschaft zufallen, in pupillarische zu verwandeln; bezüglich derselben wird er vielmehr den Umständen gemäß als sorgfältiger Hausvater zu verfahren haben.[22]

Es ist ferner dem Vormunde verstattet, im Laufe der Vormundschaft auch nichtpupillarische Werthe für den Mündel dann zu erwerben und zu behalten, wenn dies durch die Vermögensverwaltung bedingt ist, wie z. B. bei Annahme an Zahlungsstatt für eine dubiose Forderung des Mündels, oder bei Stehenlassen eines Restkaufgeldes außerhalb der Grenze pupillarischer Sicherheit vorkommen kann.[23]

§ 84. Gegenseitige Rechte und Pflichten von Vormund und Mündel.

1. Die Vormundschaft wird in der Regel unentgeltlich geführt; der Dienst des Vormundes ist Bürgerpflicht.

Der Vormund kann vom Mündel Ersatz von Auslagen, z. B. an Porto, Reisekosten beanspruchen, soweit dieselben in gerechtfertigter Weise für ihn gemacht sind; desgleichen Vergütung der Dienste, welche einem besonderen Gewerbe oder Beruf angehören, welche er also nicht in seiner Eigenschaft als Vormund zu leisten hatte.[1] Daher sind die Gebühren eines Rechtsanwalts, welcher als Vormund für den Mündel Rechtsangelegenheiten besorgt, zu berichtigen.[2]

Summen soll der Regel nach nicht in dieser Form geschehen. Wie hat sich der Vormund zu verhalten, wenn es zu einem Verständniß mit dem Gegenvormund nicht kommt? Es ist zu bedenken, daß die Anschaffung an sich für den Mündel geschehen kann, auch wenn das Einverständniß des Gegenvormundes fehlt. Der Vormund darf daher auf seine Verantwortlichkeit hin handeln und wenn er etwa später wegen Schadens des Mündels in Anspruch genommen werden sollte, sich damit rechtfertigen, daß er als ordentlicher Hausvater die nöthigen Schritte that, und daß es nur Eigensinn des Gegenvormundes war, wenn er die Einwilligung weigerte. Es kann aber auch das Gericht an Stelle des Gegenvormundes, der sich eigensinnig erweist, die Zustimmung ertheilen V. O. § 41 Abs. 2, unten § 85 Anm. 2. Hiermit stimmt Eccius überein S. 20. Wenn das Gericht dem Gegenvormund beitritt, soll es nach Eccius den Vormund nicht zu einer anderen Anlage nöthigen können, vielmehr nur auf vorläufige Anlegung bei einer Sparkasse dringen dürfen. — Die Reichsbank, deren die V. O. § 39 Abs. 2 neben den Sparkassen gedenkt, nimmt verzinsliche Gelddepositen nicht mehr an.

22) Vgl. unten § 84 bei Anm. 7. Nicht einmal berechtigt zur Umwandelung ist der Vormund im Falle der Ziff. 2 des Textes.

23) Johow App. Ger. Bd. 6 S. 51.

1) V. O. § 33 Abs. 3 billigt Vergütung für Dienste des Vormunds und Gegenvormunds zu, wenn sie „seinem Gewerbe oder Beruf angehören." Es ist dies der hauptsächliche hierher gehörige Fall. Aber maßgebend muß der im Text ausgesprochene Grundgedanke sein. — Im Streitfall entscheidet über den Anspruch letzlich der Proceßrichter, Kam. Ger. Bd. 4 S. 81.

2) Aber ein Rechtsanwalt, welcher als Vormund Gelder erhebt, kann hierfür die Gebühr der Gebührenordnung für Rechtsanwälte nicht beanspruchen, da die Geld-

2. Ein Honorar kann der Vormund, und auch der Gegenvormund beanspruchen, soweit es ihm der Erblasser zugebilligt hat. Hat der Erblasser dessen Höhe nicht festgestellt, so wird man annehmen dürfen, daß er den Betrag vom Vormundschaftsgericht bestimmt haben will. Auch das Vormundschaftsgericht darf dem Vormund — nicht aber dem Gegenvormund — ein Honorar dann zubilligen, wenn die Vermögensverwaltung besonders umfangreich ist oder wenn es sich um die Vormundschaft über einen Abwesenden oder Verschwender handelt.[3] Zu dieser Zubilligung ist das Vormundschaftsgericht nur bei Beginn oder im Laufe der Vormundschaft, nicht nach deren Beendigung befugt, da dann seine Funktion geendet ist.[4] Geschah die Zubilligung zeitweise für einzelne Rechnungsjahre, so hat der Vormund kein Recht auf weiteren Bezug,[5] geschah sie für die Zeit der Verwaltung, so ist sie durch die Vormundschaftsbehörde nicht einseitig widerrufbar.[6]

3. Der Vormund wie der Gegenvormund haftet dem Mündel für die Sorgfalt des ordentlichen Hausvaters,[7] nicht also wie nach römischem Rechte bloß für die Sorgfalt, welche der Vormund in eigenen Dingen anzu-

---

erhebung ein Dienst ist, welcher von Jedem geleistet werden kann. Kam. Gericht Bd. 13 S. 79.

3) V. O. § 34, § 83 Abs. 4, § 26 Abs. 5. Die V. O. stellt im § 83 Abs. 4 den Satz auf, daß dem Vormund eines Abwesenden oder Verschwenders auch bei nicht umfangreicher Vermögensverwaltung ein Honorar zugebilligt werden kann. Der Grund liegt darin, weil in diesen Fällen der Bevormundete die Schuld daran hat oder wenigstens die Ursache ist, daß die Dienste eines Dritten als Vormundes in Anspruch genommen werden müssen, und daß nicht natürliche Hülflosigkeit vorliegt. Hiervon macht das Gesetz in Folge eines vom Abgeordnetenhause angenommenen Amendements eine besondere Anwendung auf den Nachlaßpfleger im § 89 Abs. 3. Es ist bestritten, ob von demselben Grundsatze Anwendung auch zu machen ist auf andere Fälle, in welchen ein Pfleger um deswillen bestellt werden muß, weil der Berechtigte unbekannt oder ungewiß ist. Das Gesetz hat hierüber nichts Besonderes bestimmt. Dernburg Vormundschaftsrecht § 99 2. Aufl. hat die Frage bejaht. Dalcke bei Koch im L. R. Bd. 4 S. 289 Anm. 78 äußert, daß obgleich man sich aus Zweckmäßigkeitsgründen dieser Ansicht werde anschließen müssen, es doch nicht unbedenklich erscheine, die Specialvorschriften der gedachten Paragraphen auf Fälle der vorliegenden Art anzuwenden. Löwenstein zu § 91 meint, die Annahme Dernburgs, daß „nach Analogie der § 83 Abs. 4, § 89 Abs. 3 allen Pflegern auch bei nicht umfangreicher Vermögensverwaltung ein Honorar zugebilligt werden kann — hiervon ist bei meiner Ausführung nicht die Rede — erscheint unrichtig." Aber die V. O. § 91 selbst erklärt, die Vorschriften dieses Gesetzes über die Vormundschaft finden auf die Pflegschaft entsprechende Anwendung. Liegt also dem § 83 Abs. 4 der V. O. ein Princip zu Grunde, so ist es auch auf die verwandten Fälle der Pflegschaft anzuwenden. Einen Vermittelungsversuch hat Schultzenstein bei Dernburg V. R. 3. Aufl. S. 408 gemacht. Ich kann ihn nicht für richtig halten.

4) Johow App. Ger. Bd. 7 S. 38. A. Ans. Kam. Ger. Bd. 11 S. 65.

5) Johow App. Ger. Bd. 8 S. 96.

6) So Eccius Bd. 4 § 231 Anm. 29. Die Frage ist bestritten.

7) V. O. § 32 Abs. 1, vgl. L. R. II, 18 § 275 ff. Die Verpflichtung wegen Verschuldung geht auf die Erben des Vormundes und Gegenvormundes schrankenlos über. Nach römischem Rechte hafteten die Erben nur für dolus und culpa lata.

wenden pflegt.[8] Jeder von mehreren Vormündern, wie auch der Gegenvormund steht natürlich nur für die eigene Schuld ein. Eine Einrede der Theilung unter die mehreren Verhafteten ist aber ausgeschlossen. Der Gegenvormund haftet wie der Vormund in erster Linie.[9] Im Fall der Verletzung besonderer dem Vormund gesetzlich aufgelegter Verpflichtungen steht er auch ein für zufälligen aus der Verletzung sich ergebenden Schaden.[10] Bewegt sich der Vormund innerhalb der vom Gesetz gezogenen Schranken, so ist er um deswillen nicht schlechthin von Verantwortlichkeit für Verschuldung frei.[11] Folgt er einem ergangenen Gebot oder Verbot des Richters, so ist er jedenfalls dann von Schuld und folglich von Haftung frei, wenn er die zuständigen Rechtsmittel dagegen erschöpft hat.

4. Der Vormund soll Vermögen des Mündels nicht für persönliche Zwecke nutzen oder gebrauchen,[12] es gilt dies für Fungibilien wie für Nichtfungibilien. Das in seinen Nutzen verwandte Geld hat er zu verzinsen.[13] Den Zinsfuß bestimmt das Vormundschaftsgericht nach seinem Ermessen auf 8 bis 20 %. Diese Arbitrirung liegt ihm auch ob, wenn die Sache nach Beendigung der Vormundschaft zur Sprache kommt.

5. Ausdrücklich ist dem Vormund untersagt, eine Hypothek oder Grundschuld an seinen eigenen Grundstücken für den Mündel mit dessen Mitteln zu erwerben.[14] In solchem Erwerb liegt eine Pflichtwidrigkeit, ungültig ist er nicht. Nur die Anlage der Mündelkapitalien in solcher Weise sollte ausgeschlossen werden, es ist daher nicht verboten, daß der Vormund den Mündel durch Verpfändung seiner Grundstücke sicher stellt.[15]

6. Der Vormund ist befugt, mit dem Mündel Rechtsgeschäfte abzuschließen, insbesondere ihm abzukaufen oder an ihn zu veräußern.

---

8) l. 1 pr. D. tutelae 27, 3.

9) Vgl. V. O. § 32 Abs. 1, R. G. bei Gruchot Bd. 27 S. 1052, Dernburg-Schultzenstein § 37 Anm. 10, Eccius Bd. 4 § 235 Anm. 11.

10) Vgl. L. R. I, 6 § 26 ff., oben Bd. 2 § 294 Anm. 14.

11) Bei Anlegung von Geldern in den von der V. O. § 39 zur Auswahl gestellten Forderungen wird der Vormund nicht weiter als für dolus und culpa lata in Anspruch genommen werden können, Dernburg V. R. § 37 Anm. 8.

12) Vgl. V. O. § 40 Abs. 1. Das Vormundschaftsgericht kann die Uebertretung für die Zukunft bei Strafe untersagen. Bezüglich der Vergangenheit kann es dem Vormund aufgeben, eine Ersatzsumme in Rechnung zu stellen, und wenn dieser nicht Folge leistet, sie durch einen Pfleger im Proceßwege beitreiben lassen.

13) Andererseits ist anzunehmen, daß dem Vormund Zinsen des Geldwerthes seiner in den Nutzen des Mündels verwendeten Materialien z. B. Holz oder Steine zu leisten sind.

14) V. O. § 40 Abs. 2. Unter dem Erwerb ist auch Neubegründung einer Hypothek zu verstehen. Dies trifft mit Wort und Sinn der Vorschrift zusammen, wonach die Kapitalien des Mündels nicht in einer Weise angelegt werden sollen, welche Kollisionen zwischen den Interessen des Vormundes und Mündels nahe legt.

15) Vgl. Johow App. Ger. Bd. 7 S. 42.

Es muß dann aber für den Mündel eine andere Vertretung thätig werden, seien es Mitvormünder oder ein Pfleger.[16]

§ 85. Genehmigungsrecht zu gewissen Rechtsakten.

Das Vermögen des Mündels soll nicht unbeschränkt den Entschließungen des Vormundes anheimgestellt sein, ein Schutz gegen unvorsichtige oder übereilte Maßnahmen desselben wird dem Mündel dadurch gewährt, daß wichtigere Akte des Vormundes an eine Genehmigung gebunden sind. Das Genehmigungsrecht ist theils dem Gegenvormund, theils dem Gericht verliehen.

I. Die Verfügungen des Vormundes, welche das Kapitalvermögen des Mündels abhanden bringen können, sind an die Genehmigung des Gegenvormundes gebunden. Das Gesetz hebt hervor Veräußerung von Werthpapieren; Einziehung, Abtretung oder Verpfändung von Kapitalien, sofern dieselben nicht bei Sparkassen belegt sind; Aufgabe oder Minderung der für eine Forderung bestellten Sicherheit.[1 2]

Die Genehmigung kann nicht generell ertheilt werden;[3] sie ist formlos.

Ueber laufende Einnahmen, z. B. Zinsen, Renten, Dividenden, Mieth- und Pachtgelder verfügt der Vormund selbständig; desgleichen über baare Gelder, wohin auch Papiergeld, Banknoten, überhaupt Alles, was im Verkehr als Geld cirkulirt, gehört.

Die Genehmigung des Gegenvormundes kann durch die des Vormundschaftsgerichts ersetzt werden.[4]

Erfolgt insbesondere Zahlung ohne die erforderliche Genehmigung des Gegenvormundes, so wird der Schuldner nicht befreit und hat nur Anspruch

---

16) R. G. in Strafsachen Bd. 9 S. 337.

1) V. O. § 41. Bestritten ist, was unter Einziehung der Kapitalien zu verstehen, ob bloß die reelle, wie bei Dernburg Vormundschaftsrecht § 70 Anm. 10 ausgeführt ist, oder auch Kündigung und Klage, wie die meisten Kommentatoren annehmen. Es ist in dieser Hinsicht zu beachten, daß die für die Rheinprovinz erlassene Kabinetsordre vom 18. December 1836 die vermehrte Aufsicht der Vormünder bei Gelderhebungen betreffend bestimmte, „daß Aktivkapitalien der Pflegebefohlenen . . . nur unter Zuziehung und in Gegenwart des Nebenvormundes an den Vormund ausgezahlt, sowie von dem Vormund auch nur mit Zuziehung des Nebenvormundes Hypothekenlöschungen bewilligt werden können." Da dies das Vorbild für die V. O. war, dieselbe aber die Stellung der Vormünder nicht weiter, als das bestehende Recht, beschränken wollte, so ist die erstere Ansicht die besser begründete. Der Vormund ist auch bei Zahlungen, die der Mündel in Empfang zu nehmen gehalten ist, insbesondere bei Konkursen, bei Subhastationen, Expropriationen, zur Zahlungsannahme nur gemeinsam mit dem Gegenvormund legitimirt.

2) Ueber die Zuziehung des Gegenvormundes bei der Anlage von Geldern siehe oben § 83 Ziff. 4.

3) Vgl. übrigens R. G. Bd. 25 S. 286.

4) V. O. § 41 Abs. 2. Herausgabe des auf Anordnung des Vormundschaftsgerichtes Hinterlegten bedarf Genehmigung des Gerichts, Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 § 51, unten § 86 Anm. 16.

auf Rückerstattung des Geleisteten soweit der Mündel hierdurch noch bereichert ist.[5]

Der Vormund verfügt aber über das Kapitalvermögen des Mündels gültig, wenn ihn der Richter, sei es nach gesetzlicher Vorschrift oder Ermächtigung, oder selbst weil er ihn irrig für befreit erachtete, zur Vertretung des Mündels ohne Mitwirkung des Gegenvormundes bestellt hat.[6]

II. Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts ist erfordert

1. zu gewissen Akten, welche die persönliche Stellung des Mündels betreffen, nämlich zu seiner Entlassung aus dem preußischen Staatsverbande, zu seiner Annahme an Kindesstatt, zu seinem Eintritt in eine Einkindschaft, ohne Zweifel auch zu seinem Austritt aus diesen Verhältnissen.[7]

Auch zur Verheirathung des Mündels sowie zur Anfechtung seiner Ehe ist die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts einzuholen.[8]

---

5) R. G. Bd. 28 S. 194.

6) Bezüglich der Frage, wie es sich beim Fehlen eines Gegenvormundes mit einer Verfügung verhält, welche nach § 41 der V. O. der Genehmigung des Gegenvormundes bedarf, sind die Meinungen sehr getheilt, vgl. Kurlbaum Justizministerialblatt 1875 S. 265 ff., Dernburg Vormundschaftsrecht § 36, Eccius Erört. S. 16, Bünger bei Gruchot Bd. 20 S. 395 ff., Wundsch ebendas. Bd. 21 S. 269 ff. Wir haben zu unterscheiden: a. Ist ein Gegenvormund nicht ernannt, weil das Gesetz seine Bestellung ausschließt, so kann die Gültigkeit des vormundschaftlichen Aktes nicht bezweifelt werden. b. Bestrittener ist schon die Frage, ob in den Fällen, in welchen die Ernennung des Gegenvormundes in das Ermessen des Richters gestellt ist, namentlich bei der gemeinsamen Verwaltung durch mehrere Vormünder, bei der Vormundschaft ohne Vermögensverwaltung und bei der Pflegschaft, die Ernennung eines Gegenvormundes behufs Genehmigung der im § 41 der V. O. erwähnten Verwaltungshandlungen nothwendig wird. Bedenkt man, daß im Genehmigungsrecht des § 41 der V. O. das wesentlichste Recht des Gegenvormundes liegt, so wird man sich der Ansicht nicht anschließen, daß die Vormundschaftsordnung einerseits die Bestellung des Gegenvormundes schlechthin in das Ermessen des Richters stellt und doch wieder stillschweigend voraussetzt, daß sie bei Verfügungen über das Kapitalvermögen des Mündels nothwendig einzutreten hat. Am auffallendsten wäre die entgegengesetzte Ansicht bei mehreren Vormündern. Dennoch sind die Auffassungen in der Praxis sehr getheilt und zwar speciell bezüglich der Befugnisse des Pflegers. Vgl. Johow App. Ger. Bd. 7 S. 44 ff., Bd. 8 S. 97, Kam. Ger. Bd. 4 S. 84 und Bd. 7 S. 43. c. Ein letzter Fall ist, daß das Gericht die Bestellung eines Gegenvormundes unterlassen hat, während es sie nach dem Gesetz hätte vornehmen müssen. Hier ist daran festzuhalten, daß nach Außen hin der Vormund die Stellung hat, die ihm das Vormundschaftsgericht giebt, ob es hierbei legal verfahren ist, kann der Dritte nicht prüfen, der mit ihm in Unterhandlung tritt. Eine Andeutung dieses Gedankens enthält auch V. O. § 47 Abs. 2. Sofern also durch die Bestallung der Wille des Vormundschaftsgerichts feststeht, daß der Vormund von der Konkurrenz eines Gegenvormundes befreit ist, hat er selbständige Verfügung über das Kapitalvermögen des Mündels. Vgl. Eccius Bd. 4 § 232 Anm. 10. Siehe übrigens auch Kam. Ger. Bd. 4 S. 82.

7) V. O. § 42 Ziff. 1, 2, 3. Vgl. oben § 62 bei Anm. 14, § 63 Anm. 16 und § 67 bei Anm. 15.

8) V. O. § 48. Das Nähere siehe oben § 14 bei Anm. 15, sowie Anm. 18, § 15 bei Anm. 6.

2. Folgende das Mündelvermögen betreffende Akte bedürfen gleichfalls der Genehmigung des Gerichtes: die Erbauseinandersetzung und die Theilung gütergemeinschaftlichen Vermögens, sofern dieselbe nicht durch Erkenntniß festgestellt wird, wobei zu bemerken ist, daß die Vormundschaftsordnung die Frage, ob und wann der Vormund eine Auseinandersetzung herbeiführen will, dem Ermessen desselben überweist;[9] ferner die Veräußerung oder Belastung unbeweglicher Sachen, soweit dieselbe nicht zwangsweise erfolgt;[10] Erwerb unbeweglicher Sachen durch lästigen Vertrag;[11] Verpachtung und Vermiethung unbeweglicher Sachen, wenn der Vertrag über das Alter der Großjährigkeit hinausgehen soll;[12] Verpachtung von Grundstücken mit einem Grundsteuerreinertrag von 3000 Mark oder mehr;[13] Ab-

---

9) V. O. § 42 Ziff. 4. Das L. R. II, 18 § 409 verlangte, daß der Mündel nach beendigter Inventur mit denjenigen, welchen ein Miteigenthum gebührte, auseinandergesetzt werde; nach L. R. II, 18 § 419 geschah diese Auseinandersetzung unter der Direktion des Vormundschaftsgericht. Durch V. O. § 43 ist dies aufgehoben. Ob die Erbauseinandersetzung für den Mündel zu betreiben sei, hängt vom Vormund ab; sie kann mittels Privatschrift geschehen und ist vom Vormundschaftsgericht nur zu genehmigen. Ist freilich der Vormund zugleich Miterbe, so liegt eine Kollision von Interessen vor, so daß für die Angelegenheit ein Pfleger zu bestellen ist, in dessen Ermessen Zeit und Art der Betreibung derselben liegt. Die Rechte der Miterben, auf Theilung zu bringen, — L. R. I, 17 § 117 — sind durch die V. O. nicht berührt.

10) V. O. § 42 Ziff. 5. Außer der Genehmigung des Veräußerungsvertrags, bedarf es nicht einer besonderen Genehmigung der Auflassung, sofern dieselbe dem Veräußerungsvertrage vollständig entspricht. Ebensowenig erfordert die Auflassung Genehmigung, wenn es sich nur um Ausführung eines vom Erblasser des Mündels geschlossenen Vertrages handelt. Das römische Recht verbot bekanntlich die Veräußerung landwirthschaftlicher Immobilien der Minderjährigen außer im Falle der Schulden und der Genehmigung durch prätorisches Dekret, l. 1 § 2 D. de rebus eorum 27, 9. Nach L. R. ließ man auch Veräußerung wegen Nutzens zu. So ist es auch nach der Vormundschaftsordnung. — Die Art der Veräußerung der unbeweglichen Sache wird nach V. O. § 44 unbeschadet der Rechte der Miteigenthümer vom Vormundschaftsgericht bestimmt. Subhastation ist also nicht mehr nothwendig.

11) V. O. § 42 Ziff. 6. Es bezieht sich dies auch auf einen Erwerb mittels Mitbietens im Wege der Subhastation, selbst wenn er wirthschaftlich nothwendig war, um den Werth einer Hypothek des Mündels zu retten. Die Ausübung eines Vorkaufsrechtes ist nicht Erwerb durch Vertrag, daher dem Vormund selbständig gestattet. Anderer Ansicht Brettner bei Gruchot Bd. 20 S. 417 und mehrere Kommentatoren. Entgegennahme der Auflassung eines vom Erblasser des Mündels erworbenen Grundstücks bedarf keiner Genehmigung.

12) V. O. § 42 Ziff. 7. Ueber die analoge Anwendung bei der Bevormundung Großjähriger und bei Pflegschaften R. G. im J. M. Bl. 1894 S. 80. Die Frage ist bestritten, welche Wirkung eine über das Alter der Großjährigkeit hinaus geschlossene Verpachtung oder Vermiethung hat, wenn das Vormundschaftsgericht die Genehmigung versagt. Brettner bei Gruchot Bd. 20 S. 419 nimmt an, daß das Geschäft auch für die Zeit der Minderjährigkeit unwirksam sei, weil es unstatthaft sei, ein und dasselbe Rechtsgeschäft in mehrere zu theilen. Es ist aber Absichtsfrage, ob die Verpachtung oder Vermiethung auf die ganze bedungene Zeit als etwas Untheilbares von den Vertragschließenden behandelt wurde.

13) V. O. § 42 Ziff. 7. Wird ein Grundstück von dem gedachten Grundsteuerreinertrage an verschiedene Pächter in Parcellen verpachtet, so nimmt Maßen V. O. S. 60 an, daß jede Pacht als ein besonderes Geschäft anzusehen sei.

schließung von Vergleichen[14] über Gegenstände von unschätzbarem oder mehr als 300 Mark betragenden Werth; Veränderung, Auflösung, Neubegründung oder Uebernahme eines Erwerbsgeschäftes,[15] Eingehung wechselmäßiger Verbindlichkeiten, Ertheilung einer Prokura, Aufnahme von Darlehen, Uebernahme fremder Verbindlichkeiten, Entsagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses.

Vor der Entscheidung über die Genehmigung soll der Richter den Gegenvormund hören; desgleichen vor der über die Veräußerung einer unbeweglichen Sache oder die Auflösung eines Erwerbsgeschäftes den Mündel, welcher das achtzehnte Lebensjahr zurückgelegt hat.[16]

Die Genehmigung kann auch vor Abschluß des Vertrages erfolgen, es müssen aber die Bedingungen desselben bereits formulirt sein. Es wird der Stellung des Vormundschaftsrichters in der Regel sogar durchaus entsprechen, wenn er sich auf Anfragen der Betheiligten im Voraus erklärt darüber, unter welchen Bedingungen er die Genehmigung zu ertheilen bereit sei.[17] Die Ge-

---

14) V. O. § 42 Ziff. 8. Stellt der Vormund eine Prozeßvollmacht ohne Beschränkung aus, so erhält der Bevollmächtigte in Gemäßheit von R. C. P. O. § 77, § 52 nach Außen hin die Legitimation zu Vergleichen, vgl. Brettner bei Gruchot Bd. 25 S. 324 und Kohler das. Bd. 31 S. 496; dagegen freilich Küntzel a. a. O. S. 327. Der Vormund sowie der Bevollmächtigte machen sich aber haftbar, wenn sie von dieser Legitimation ohne Genehmigung des Gerichts Gebrauch machen. Der Ausdruck: Vergleich ist in weitem Sinne zu nehmen; es gehören hierher Kompromisse, Zwangsvergleiche im Konkurse, unter Umständen — oben Bd. 1 § 214 Ziff. 2 und bei Anm. 17 und 18 — Recesse in Gemeinheitstheilungssachen.

15) V. O. § 42 Ziff. 9. Die Fortsetzung des Geschäftes kann ohne Genehmigung des Gerichts geschehen.

16) V. O. § 55 Abs. 2 und 3. Neben dem gesetzlichen Vormund ist ein Gegenvormund zu bestellen, wenn dessen Anhörung nach Maßgabe dieses § erforderlich wird. Hieraus ist nicht zu schließen, daß in anderen Fällen, in welchen ein Gegenvormund ausgeschlossen oder seine Ernennung dem Ermessen des Gerichtes überlassen ist, vor der gerichtlichen Genehmigung ein Gegenvormund bestellt werden muß. Denn die Lehre vom Gegenvormund ist in der Vormundschaftsordnung nicht der Art einheitlich geordnet, daß der sonst naheliegende Schluß auf verwandte Fälle zulässig wäre.

17) So ist die Genehmigung zum Mitbieten in einer Subhastation eine im Voraus ertheilte Ermächtigung. In dem von Johow App. Ger. Bd. 7 S. 55 mitgetheilten Falle wendet sich eine von ihrem Manne verlassene Frau an den Richter mit dem Antrage, letzterer möge sich darüber äußern, ob er einen von ihr geplanten Ueberlassungsvertrag ihres geringen Vermögens an ihren minderjährigen Sohn unter gewissen Bedingungen genehmigen werde. Dies um die Kosten zu vermeiden, welche sie vergeblich tragen würde, falls sie den beabsichtigten Vertrag vorher abschließe, der Vormundschaftsrichter aber hinterher die Genehmigung verweigere. Der Vormundschaftsrichter aber lehnte die vorläufige Erklärung ab, weil er nicht verpflichtet sei, Rath zu ertheilen; die Beschwerde hierüber wurde zurückgewiesen. Mit Recht tadeln der Einsender und die Redaktion des Jahrbuchs diese Entscheidung. Die Genehmigung konnte sehr wohl vor dem Abschluß ertheilt werden, aber auch die Verweigerung des Rathes über die Formulirung der Bedingungen entsprach nicht der Stellung eines Vormundschaftsrichters, welcher den Gerichtseingesessenen helfend zur Seite stehen soll und nicht gelassen zu erwarten hat, ob sie an den Klippen des Gesetzes, „wie er es versteht“, scheitern oder vorbeizusegeln wissen. So auch Wilutzky zu § 42 Anm. 2. Vgl. Kam. Ger. Bd. 3 S. 51.

nehmigung soll in der Regel eine specielle sein, nur zur Eingehung von wechselmäßigen Verbindlichkeiten darf der Richter generell ermächtigen.[18]

Das Vormundschaftsgericht kann seine Genehmigung an Einschränkungen und an Bedingungen knüpfen.

Ist die Gültigkeit einer Erklärung, wie z. B. bei der Erbschaftsentsagung, an eine Frist gebunden, so muß die Genehmigung innerhalb der Frist geschehen.[19]

Zweiseitige Geschäfte, welche der Vormund ohne Genehmigung abschließt, haben die Kraft hinkender Verträge; es ist also der andere Theil gebunden bis zur Entscheidung über die Genehmigung oder bis zum Ablauf von 2 Wochen nach dem Eingehen der Aufforderung zur Erklärung.[20]

Die Genehmigung ist wegen wesentlichen Irrthums des Gegenvormundes sowie des Vormundschaftsgerichts anfechtbar.[21]

§ 86. Die Kontrole des Vormundschaftsgerichts.

1. Das Vormundschaftsgericht hat nicht die Vertretung des Mündels und die Verwaltung seines Vermögens, sondern Genehmigungsrecht, Aufsicht und Schutzrecht.[1]

Nur ausnahmsweise greift das Gericht unmittelbar für den Mündel ein. Namentlich hat es das Vermögen des Mündels sicher zu stellen, so lange ein Vormund nicht vorhanden, oder der vorhandene Vormund bei dem Anfall eines Nachlasses an den Mündel abwesend ist. Die gleiche Pflicht hat jedes Vormundschaftsgericht, in dessen Bezirk sich Vermögen des Mündels befindet.[2] Auf Vorschriften des Vaters oder des Erblassers, z. B. auf dessen Verbot der Siegelung, ist bei der Art der Sicherstellung möglichst Rücksicht zu nehmen.[3]

Ueber die Grenzen, die der Richter seinem Aufsichtsrecht zu ziehen hat, wurde oben gehandelt.[4]

2. Die Mittel, wodurch er demselben Nachdruck geben kann, sind Anweisungen an Vormund und Gegenvormund, ferner Androhung und Vollstreckung von Ordnungsstrafen bis zum Betrag von 300 Mark, welche er

---

18) V. O. § 45. Auf dem Wechsel selbst braucht die Genehmigung nicht bemerkt zu sein R. O. H. G. Bd. 4 S. 265.

19) Das Gegentheil ist bei Striethorst Archiv Bd. 23 S. 247 erkannt. Allein die Frist ist dazu bestimmt, daß innerhalb derselben das Verhältniß vollständig erledigt werde. Rückziehung der Genehmigung kann hier nicht eingreifen, vgl. l. 24 D. ratam rem haberi 46, 8: ratum haberi oportet eo tempore, quo adhuc peti potest.

20) Vgl. V. O. § 46, Gesetz vom 12. Juli 1875 betr. die Geschäftsfähigkeit Minderjähriger § 4 und oben § 52 bei Anm. 5.

21) R. G. Bd. 25 S. 281.

1) V. O. § 51 ff., oben § 83 z. Anf. und § 85 Ziff. II.

2) V. O. § 15 Abs. 1 und 2. Vgl. Dernburg Vormundschaftsrecht § 19 am Ende.

3) Johow App. Ger. Bd. 6 S. 35.

4) Vgl. oben § 74.

bis zur Beugung des Ungehorsams wiederholen kann,[5] endlich Absetzung wegen pflichtwidrigen Benehmens.

3. Die Aufsicht wird dadurch thunlich, daß dem Gericht in der Regel ein Inventar über das Vermögen des Mündels einzureichen[6] und periodisch Rechnung zu legen ist.[7] Die Rechnungslegung soll alljährlich geschehen;[8] bei Verwaltungen geringeren Umfangs kann vom Gericht, wenn die Rechnung des ersten Jahres gelegt ist, der Termin für die folgenden Rechnungen auf 2 bis 3 Jahre bestimmt werden. Der Rechnung ist ein Vorbericht über die Vermögensveränderungen und es sind ihr die Beläge beizufügen; sie ist vor der Einreichung dem Gegenvormund, welcher sich dabei des Vorhandenseins des Vermögens zu vergewissern hat, vorzulegen und mit dessen Bemerkungen dem Gerichte einzureichen.[9] Das Gericht hat die Rechnung sachlich und nach den Belägen zu prüfen, ungerechtfertigte Ausgaben in der Rechnung zu streichen und dem Vormund aufzugeben, den Posten in der nächsten Rechnung in Einnahme zu stellen, nicht minder hat es fehlende Einnahmen zu rügen. Erhebt der Vormund sachlichen Widerspruch, so wird das Vormundschaftsgericht je nach der Sachlage einen Pfleger bestellen,[10] welcher die Frage zum rechts-

---

5) V. O. § 51 Abs. 2. Jahrb. d. Kam. Ger. Bd. 5 S. 56. Der Ausdruck Ordnungsstrafe ist ein unglücklicher; gemeint sind Exekutivstrafen. Der Regel nach bedarf es der vorgängigen Androhung. Anders ist es aber im Falle des § 79 der V. O., nach welchem der Richter gegen das Mitglied des Familienrathes, welches ohne Entschuldigung ausbleibt, eine Ordnungsstrafe verhängen kann, hier liegt die Androhung im Gesetz, es ist, also nicht nöthig, sie in der Vorladung besonders zu wiederholen.

6) V. O. § 35. Vgl. oben § 83 II.

7) V. O. § 56.

8) Den Zeitpunkt bestimmt der Richter.

9) Rechnungslegung zu gerichtlichem Protokoll unter richterlicher Mitwirkung ist nicht unstatthaft und kann sich bei geringem Vermögen sehr wohl empfehlen. Bei der schriftlichen Rechnungslegung kann sich der Vormund fremder Hülfe bedienen und die Auslagen hierfür, falls dies sachgemäß war, dem Mündel in Rechnung stellen. Neumann V. O. S. 123 stellt dies in Abrede, denn auf Mangel an Bildung des Vormundes könne keine Rücksicht genommen werden, das Gesetz fordere von jedem Vormund gleicherweise die zur Führung der Vormundschaft erforderliche Intelligenz und Geschäftserfahrung. Wir behaupten, daß Jemand gebildet sein und eine Vormundschaft vortrefflich führen kann, ohne doch im Stande zu sein, Rechnung über eine verwickelte Verwaltung der Art zu stellen, daß sie der Vormundschaftsrichter für genügend erachtet.

10) Dies war die Meinung bei Berathung der Vormundschaftsordnung, wie ihr namentlich auch die Regierungskommissarien Ausdruck gaben. So auch Dernburg V. O. § 84, Johow App. Ger. Bd. 5 S. 289, R. G. Bd. 16 S. 205. Eccius Erört. S. 13 ff. — sowie Pr. R. Bd. 4 § 233 Anm. 7 — hingegen hält die Bestellung eines Pflegers zur Anstellung einer Klage auf Auszahlung des dem Mündel nach Ansicht des Vormundschaftsgerichts zu leistenden Betrags für unstatthaft, vorzugsweise weil nach § 67 der V. O. gegen den Vormund erst nach Beendigung der Vormundschaft ein Anspruch auf Herausgabe des verwalteten Vermögens bestehe. Um Herausgabe handelt es sich hier aber nicht, sondern darum, daß die bezüglichen Gelder dem Mündel gutgeschrieben,

kräftigen Austrag beim Prozeßgericht bringt, oder dem Mündel seine Rechte vorbehalten. Nimmt das Gericht die Rechnung unbeanstandet ab, so schadet dies den etwaigen Ansprüchen des Mündels nicht; eine Entlastung Seitens des Gerichtes ist nicht zu ertheilen.

Von der Verpflichtung periodischer Rechnungslegung frei sind die Eltern und Großeltern wie auch der Ehegatte des Mündels.[11] Der Vater und die Mutter sind berechtigt, in den Formen der Vormundschaftsordnung den von ihnen ernannten Vormund von der Rechnungslegung während der Verwaltung zu befreien.

Wo hiernach keine Rechnungslegung stattfindet, hat der Vormund auf Erfordern des Vormundschaftsgerichts alle 2 Jahre oder in längeren Zwischenräumen eine Uebersicht des Vermögensbestandes anzufertigen, welche unter dem Nachweis seines Vorhandenseins dem Gegenvormund vorzulegen und mit dessen Bemerkungen dem Gericht einzureichen ist.[12] Der Vater des Mündels ist auch von dieser Verpflichtung frei. Das Verbot der Offenlegung des Vermögensverzeichnisses ist rücksichtlich des davon betroffenen Vermögens als Befreiung von der Rechnungslegung wie auch der Einreichung der Vermögensübersicht anzusehen.

Unabhängig von der periodischen Rechnungslegung kann das Vormundschaftsgericht jederzeit aus dringenden Gründen Rechnungslegung und Nachweis des Vermögensbestandes fordern. Es folgt dies aus seinem Aufsichtsrecht.

4. Das Vormundschaftsgericht hat das Recht, den Mündel dadurch zu schützen, daß es von Vormündern, welche ein erhebliches Vermögen zu verwalten haben, eine Sicherheit verlangt; doch ist der Vormund in solchem Falle befugt, seine Entlassung zu beantragen, womit dies Recht in den meisten

---

daß pupillarische Forderungen für dieselben angeschafft werden, eventuell daß die Hinterlegung der Dokumente über sie angeordnet wird. Eccius geht im Grunde davon aus, daß in den bezüglichen Fällen „Ansicht des Richters" gegen „Ansicht des Vormundes" steht. Aber die letztere ist die, welche nach Eccius Recht behält. Denn der Zweck des richterlichen Prüfungsrechtes ist nach ihm durch Rückfrage bei dem Vormund und andere Ermittelungen die Thatsachen festzustellen, nach denen dieser oder jener Ansatz oder das Resultat in Frage gestellt werden kann und dabei dem Vormund Gelegenheit zu geben, nach freiem eigenem Entschluß die Rechnung zu berichtigen. Auf alle Fälle — schließt Eccius S. 15 — wird für die dereinstige Beschlußfassung des Mündels über Aufrechterhaltung des Monitums oder Quittung „werthvolles Material" gesammelt.

11) V. O. §§ 57, 83 Abs. 2. Wird die Verwaltung ungetrennt von mehreren geführt, und gehört einer der Vormünder zu den an sich von der Rechnungslegung dispensirten Personen, so ist die Rechnung doch von allen zu stellen, weil die Verpflichtung eine untheilbare ist. So auch Kam. Ger. Bd. 9 S. 38.

12) Die Bestimmung des Zeitpunktes, an welchem die erste Uebersicht einzureichen ist, unterliegt dem Ermessen des Vormundschaftsgerichts, Kam. Ger. Bd. 2 S. 49.

Fällen illusorisch wird. Das Vormundschaftsgericht ist nicht berechtigt, durch Exekution oder mittels Ersuchen des Grundbuchamtes die Kaution von Amtswegen beizutreiben.[13]

5. Von größerer praktischer Wichtigkeit ist die Befugniß des Vormundschaftsgerichts, anzuordnen, daß Werthpapiere des Mündels, welche auf den Inhaber lauten oder wie Sparkassenforderungen an den Inhaber gezahlt werden können, und Kostbarkeiten bei der Reichsbank oder bei einer anderen dazu bestimmten Behörde oder Kasse in Verwahrung genommen, oder auch daß jene Werthpapiere außer Kurs gesetzt werden.[14][15] Die Anordnung der Verwahrung ist keineswegs eine Maßregel des Mißtrauens gegen den Vormund, sondern als eine zweckmäßige, im Interesse aller Betheiligten liegende Maßnahme anzusehen, wo immer es sich um Objekte handelt, die einen dauernden Bestandtheil des Mündelvermögens bilden sollen. Zur Herausgabe des auf Anweisung des Vormundschaftsgerichts Hinterlegten an den Vormund bedarf es der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts.[16] Ein Veräußerungsverbot ist mit der Anordnung der Verwahrung meist — schon stillschweigend — verbunden. Doch ist dies nichts Nothwendiges. Das Gericht kann z. B. dem Vormund gestatten, unter der ordnungsmäßigen Zuziehung des Gegenvormundes nach seinem Ermessen die bei der Reichsbank deponirten Papiere durch die Bank veräußern zu lassen, so jedoch, daß die für den Erlös neu anzuschaffenden Werthe im Depot bleiben müssen.[17] Die Inkurssetzung der auf Anordnung des Vormundschaftsgerichts

13) V. O. §§ 58. 23 Ziff. 6 § 63 Abs. 2. Ueber Befreiung von der Pflicht, auf Anfordern des Gerichtes Sicherheit zu leisten, siehe V. O. § 59.

14) V. O. § 60 Abs. 1. Da die staatlichen Hinterlegungsstellen — vgl. über sie Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 §§ 1 und 2 — nicht verpflichtet sind, die Ausloosung oder Kündigung der Werthpapiere zu überwachen und für die Einziehung neuer Zins- oder Dividendenscheine oder der Beträge fälliger Zins- oder Dividendenscheine zu sorgen — Hinterlegungsordnung § 38 — so empfiehlt sich mehr die Hinterlegung bei der Reichsbank, welche dies Alles gegen eine nicht erhebliche Provision besorgt. Ueber die Hinterlegung bei den staatlichen Hinterlegungsstellen verfügt die Hinterlegungsordnung § 47 ff. Hiernach ist der Kasse die Anweisung des Vormundschaftsgerichts vorzulegen, es wird dieselbe dem Vormund darauf unter dem Vermerk der geschehenen Hinterlegung zurückgegeben. Die Reichsbank bemerkt auf den Depotscheinen, daß die Hinterlegung auf Anordnung des Vormundschaftsgerichts geschah.

15) Auch Sparkassenbücher werden durch die Vormundschaftsgerichte außer Kurs gesetzt. Vgl. Dernburg V. R. § 85 Anm. 18. Theoretisch zweifelhaft — Eccius Bd. 4 § 233 Anm. 15 — ist solche Außerkurssetzung praktisch eine Wohlthat und dringend zu empfehlen.

16) So § 51 der Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879. Die Reichsbank händigt gleichfalls solche Papiere nur gegen die auf dem Depotscheine zu erklärende Genehmigung des Vormundschaftsgerichts aus. R. Koch bei Gruchot Bd. 22 S. 667. Zinsen und Dividenden zahlt die Bank dem Vormund ohne Legitimationsprüfung.

17) Neumann V. O. zu § 60 will in der Anweisung zur Hinterlegung schlechthin ein Veräußerungsverbot sehen. Eccius Bd. 4 § 233 Anm. 19 scheint dasselbe für unzulässig zu halten. Das ist verfehlt.

außer Kurs gesetzten Papiere kann während der Vormundschaft natürlich nur mit dessen Zustimmung erfolgen.

Der Zwang zur Hinterlegung findet gegen den Vater des Mündels als Vormund, sowie gegen den von dem Vater benannten und in den Formen der Vormundschaftsordnung von dieser Pflicht befreiten Vormund nicht statt.

Der Vormund kann sowohl, wenn er zur Hinterlegung angehalten wird, wie auch, wenn er dieselbe freiwillig vornimmt, eine vorläufige Verwahrung der Werthpapiere und Kostbarkeiten beim Amtsgericht fordern; das Vormundschaftsgericht kann in dringenden Fällen auf ihr bestehen.[18] Das Amtsgericht hat dann seinerseits die Uebersendung an die Hinterlegungsstelle zu bewirken.[19] Der Vormund ist stets befugt, die Werthpapiere und Kostbarkeiten des Mündels bei den öffentlichen Hinterlegungsstellen auch ohne Mitwirkung des Vormundschaftsgerichts zu hinterlegen.[20]

6. Das Vormundschaftsgericht kann auch anordnen, daß der Vormund dem Mündel gehörige preußische Konsols im Staatsschuldbuche eintragen lasse.[21] Das Entsprechende gilt für die Eintragung im Reichsschuldbuch.[22] [23]

§ 87. Beendigung der Vormundschaft.

Das Ende einer Vormundschaft ist bald Folge der Beendigung der Bevormundung, bald tritt es vorher ein in Folge der Beendigung des Amtes des bisherigen Vormundes oder Gegenvormundes.

1. Die Bevormundung hört auf, wenn ihr Grund wegfällt, insbesondere, wenn Minderjährige großjährig oder für großjährig erklärt werden,[1] wenn die Entmündigung des bevormundeten Geisteskranken oder Verschwenders gerichtlich aufgehoben wird, wenn die preßhafte Person nach dem Urtheil der Vormundschaftsbehörden wieder im Stande ist, ihren Geschäften

---

18) V. O. § 60 Abs. 3. Hinterlegungsordnung §§ 70. 71. 74 Ziff. 2, siehe auch § 72 dort.

19) Hinterlegungsordnung § 82.

20) Hinterlegungsordnung § 52.

21) Gesetz betreffend das Staatsschuldbuch vom 20. Juli 1883 § 24 Abs. 1 und die Nachträge zu diesem Gesetz.

22) R. Gesetz vom 31. Mai 1891 § 23 Abs. 2.

23) Das Vormundschaftsgericht, welches die Eintragung im Staats- oder Reichsschuldbuch anordnet, hat auch dafür zu sorgen, daß im Schuldbuch ein Vermerk eingetragen werde, wonach die Aushändigung von Schuldverschreibungen gegen Löschung des Eintrags während der Bevormundung nur mit Genehmigung des Gerichts erfolgen darf. Wilutzki zu V. O. § 60 Anm. 14.

1) Vgl. V. O. § 61 Abs. 1.

allein vorzustehen, endlich wenn der Abwesende zurückkehrt oder von seinem Aufenthalt Kunde giebt, und das Vormundschaftsgericht dies festgestellt hat.[2]

Die Bevormundung muß natürlich auch erlöschen, wenn der Bevormundete stirbt oder gerichtlich für todt erklärt wird.[3]

Die Bevormundung über einen Minderjährigen erlischt endlich, wenn derselbe durch Legitimation, Kindesannahme, Einkindschaft in eine väterliche Gewalt kommt oder wenn die bisher ruhende väterliche Gewalt wieder in Kraft tritt.[4]

2. Das Amt des Vormundes hört auf im Falle seines Todes oder seiner Handlungsunfähigkeit,[5] oder beim Eintritt einer zugefügten Bedingung oder eines Endtermins.

Es erlischt ferner die gesetzliche Vormundschaft des Vaters der unehelichen Mutter mit der Bestellung eines neuen Vormundes durch das Gericht. Die bisherige Vormundschaft endigt endlich mit der Aufnahme des Mündels in eine Verpflegungsanstalt, deren Vorstand die Rechte des gesetzlichen Vormundes hat.

Das Vormundschaftsgericht kann den Vormund durch einen ihm schriftlich zuzustellenden Beschluß entsetzen oder entlassen.

a) Die Entsetzung kann nach der Vormundschaftsordnung nur wegen Pflichtwidrigkeit des Vormundes geschehen.[6] Es gehört hierher unter Anderem Ungehorsam gegen Anweisungen der Vormundschaftsbehörde, welche sie zu erlassen das Recht hatte.

Das Verfahren ist inquisitorisch, der Vormund ist in der Regel zu hören; hat sich der Vormund ohne Entschuldigung entfernt, so ist eine Entsetzung ohne Gehör nicht ausgeschlossen.

Das Gericht kann während des Verfahrens Sicherheitsmaßnahmen zu Gunsten des Mündels eintreten lassen.

b) Die Entlassung des Vormundes hat zu geschehen, wenn eine — relative — Unfähigkeit desselben zur Kunde des Gerichtes kommt, ferner dann, wenn die Genehmigung zur Führung der Vormundschaft Seitens der dem Vormund vorgesetzten Behörde nicht ertheilt oder zurückgezogen wird. Ver-

---

2) V. O. § 84.

3) Vgl. V. O. § 84.

4) V. O. § 61 Abs. 1, oben § 49 Ziff. 2.

5) V. O. § 62. Die Erben des Vormundes haben für die Sicherstellung der im Nachlaß befindlichen Vermögensstücke des Mündels zu sorgen. Gleiche Pflicht wird der Vormund des handlungsunfähig gewordenen Vormundes haben. Vgl. V. O. § 65. Ueber die Anzeigepflicht bei Todesfällen siehe ebendaselbst.

6) V. O. § 63 Abs. 1. Eine Verschuldung des Vormundes ist nothwendig, aber nicht jede unerhebliche Pflichtwidrigkeit des Vormundes nöthigt zur Entsetzung desselben.

heirathet sich eine zum Vormund bestellte Frau, so hat das Vormundschaftsgericht zu prüfen, ob sie zu entlassen oder beizubehalten ist. Das letztere kann nur unter Zustimmung ihres Ehemannes geschehen.[7]

Die Beschwerde gegen eine Entsetzung oder Entlassung ist an die Zeit von vier Wochen seit Zustellung des Beschlusses geknüpft.

Auf Antrag des Vormundes oder Gegenvormundes ist derselbe aus erheblichen Gründen zu entlassen. Einige Gründe hat das Gesetz selbst als erheblich bezeichnet. Insbesondere ist befugt seine Entlassung zu verlangen, wer zu einer Sicherheitsstellung angehalten werden soll.[8]

Sind mehrere Vormünder bestellt, so wird durch den Abgang eines oder mehrerer Vormünder das Amt der übrigen nicht aufgehoben.[9] Ob das Gericht an die Stelle der Abgehenden andere Mitvormünder zu bestellen hat, bestimmt sich nach dem Inhalt der letztwilligen Verfügung, welche sie berief, und, soweit nichts aus derselben hierüber zu entnehmen ist, nach den Bedürfnissen der Verwaltung.

§ 88. Folgen der Beendigung der Vormundschaft.

1. Mit der Beendigung ihres Amtes erlöschen die Rechte des Vormundes und des Gegenvormundes. Daher hat der Vormund fortan nicht mehr die Befugniß, den Mündel zu vertreten und dessen Vermögen an seiner Statt zu verwalten.

2. Die Bestallung ist an das Vormundschaftsgericht zurückzugeben.[1] Dies Gericht hat jedoch keine Mittel,[2] die Rückgabe zu erzwingen. Nur der Mündel, beziehungsweise der neue Vormund desselben, kann dieselbe im Prozeßwege betreiben.

3. Der Vormund, beziehungsweise sein Rechtsnachfolger, hat nach Beendigung der Vormundschaft dem bisherigen Mündel oder dessen Rechtsnachfolger, oder dem neubestellten Vormund Schlußrechnung zu legen.[3] Von dieser Pflicht kann der Vormund durch die Eltern oder durch den Erb-

---

7) V. O. § 64. Verwandte oder Verschwägerte des Mündels sind vorher nach § 55 der V. O., d. h. sofern sie ohne Verzug erreichbar sind, zu hören. Nach römischem Recht wie nach L. R. II, 18 §§ 188. 189 erlosch die Vormundschaft der Mutter durch Wiederverheirathung.

8) Vgl. V. O. § 63 Abs. 2.

9) V. O. § 65 Abs. 2.

1) V. O. § 66.

2) Wenn Dalcke bei Koch Kommentar Bd. 4 zu § 66 der V. O. annimmt, daß das Vormundschaftsgericht berechtigt sei, die Bestallung durch öffentliche Bekanntmachung für erloschen zu erklären, so wird das Gericht doch von Amtswegen schon der Kosten halber hierzu nicht leicht schreiten.

3) Vgl. V. O. § 67 ff. Auch auf den Konkursverwalter geht die Pflicht über.

lasser des Mündels nicht befreit werden, da solche Entlastung einem Freibriefe zu dolosen Handlungen gleichkäme.[4] Die Schlußrechnung soll binnen 2 Monaten gelegt werden, bei Erben des Vormundes beginnt die Frist mit dem Ablauf der Ueberlegungsfrist. Die Rechnung ist vor der Einreichung dem Gegenvormund vorzulegen, welcher sie mit seinen Bemerkungen zu versehen hat.

Obgleich die Aufgabe des Vormundschaftsgerichts an sich geendet ist, so hat es doch bei Abnahme der Schlußrechnung eine letzte vermittelnde Thätigkeit. Die Schlußrechnung ist nämlich dem Vormundschaftsgericht einzureichen, dieses hat sie dem, welchem sie zu stellen ist, vorzulegen, und wenn Ausstellungen nicht gemacht werden, die Entlastung durch denselben herbeizuführen. Zu diesem Zweck kann das Vormundschaftsgericht die Parteien zu einem Termin laden. Zwangsmittel stehen ihm aber nicht zu, wenn sie der Ladung nicht Folge geben. Das Vormundschaftsgericht wird die Ladung zu unterlassen haben, wenn es annehmen muß, daß der Vormund kein Vermögen des Mündels zu verwalten hatte, z. B. weil die Mutter Vormünderin ist und das Mündelvermögen aus eigenem Recht in Besitz hat.[5] Streitigkeiten, die der Vormundschaftsrichter nicht gütlich schlichten kann, sind durch die Parteien im Prozeßwege auszutragen.[6]

4. Der Vormund hat das Mündelvermögen nach Beendigung seines Amtes herauszugeben.[7] Dem Vormundschaftsrichter seinerseits steht kein Vollstreckungsrecht gegen den Vormund zu, welcher die Auslieferung des Mündelgutes verweigert.

---

4) V. O. § 68. So auch l. 5 § 7 D. de adm. tut. 26, 7. Anders L. R. II, 18 § 874 ff.

5) Vgl. Johow App. Ger. Bd. 8 S. 112 ff. Die dort gegebene Entscheidung des Beschwerdegerichts ist im Wesentlichen zutreffend, die Begründung freilich nicht richtig. Der Mündel kann eine Schlußrechnung stets bei Beendigung der Vormundschaft fordern, mag angeblich der Vormund Vermögen desselben verwaltet haben oder nicht. Dies ergiebt eben erst die Rechnung, beziehentlich die hieran sich anknüpfende Verhandlung, endgültig. Eine andere Frage aber ist, ob es praktisch richtig war, wenn, wie in dem Falle geschah, der Vormundschaftsrichter die Mütter, welche nach örtlichem Recht das Mündelvermögen kraft eigenen Rechtes der Leibzucht nach dem Tode des Ehegatten besaßen, ohne Weiteres nach Beendigung der von ihnen über ihre Kinder geführten Vormundschaft behufs Ertheilung der Decharge vorlud, ohne Rücksicht darauf, ob die Kinder Sondervermögen hatten. Hierin lag in der That eine überflüssige Belastung der Betheiligten.

6) Auch auf die väterliche und vormundschaftliche Verwaltung findet L. R. I, 14 § 158 Anwendung, nach welchem Nichtabforderung der Rechnungsstellung binnen 5 Jahren einem Erlaß derselben gleichzustellen ist. R. G. Bd. 28 S. 346.

7) V. O. § 67 Abs. 1. Der Vormund hat nicht das Recht, bis zur Legung oder gar Erledigung der Schlußrechnung mit Herausgabe des Mündelvermögens zu zögern. Er geräth in Verzug, wenn er das Vermögen des Mündels nach Beendigung der Vormundschaft bloß um deswillen zurückbehält, weil die Rechnungsabnahme noch nicht erfolgt ist.

5. Der Vormund und Gegenvormund kann nach abgenommener Schlußrechnung und nach Ausantwortung des Vermögens Entlastung und Quittung fordern. Wegen einzelner Ausstellungen ist die Entlastung nicht zu verweigern, vielmehr nur ein Vorbehalt zulässig, welcher bei schriftlicher Beurkundung der Entlastung, um wirksam zu sein, in die Urkunde aufzunehmen ist.[8]

Mit der vorbehaltlosen Entlastung erlischt die etwa gestellte Sicherheit; der Vormund kann daher vom Mündel Einwilligung in die Rückgabe der hinterlegten Pfänder, und in die Löschung der Kautionshypothek fordern. Ist in der Quittung ein Vorbehalt gemacht, so unterliegt es der Entscheidung des Vormundschaftsgerichts, ob und in wieweit etwas von der Sicherheit zurückzubehalten und bis zu welchem Betrag die gestellte Kautionshypothek zu löschen sei.[9]

§ 89. Die Pflegschaft.[1]

I. Die Pflegschaft — Kuratel — unterscheidet sich, wie oben ausgeführt wurde, von der Vormundschaft dadurch, daß der Vormund einen allgemeinen Auftrag zur Sorge für Person und Vermögen des Mündels hat, dem Pfleger aber vormundschaftliche Rechte nur in Bezug auf gewisse Geschäfte oder Angelegenheiten übertragen werden, daß ferner die Vormundschaft bloß in den gesetzlich bestimmten Fällen, die Pflegschaft nach Bedürfniß einzutreten hat.

II. Die Frage des Bedürfnisses unterliegt also richterlichem Ermessen. Einzelne Fälle, in welchen ein Pfleger zu bestellen ist, hebt das Gesetz besonders hervor.

a) Die in väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehenden Personen erhalten einen Pfleger[2] für Angelegenheiten, bei welchen sie einer Vertretung bedürfen, die durch den Vater[3] oder den Vormund[4] aus rechtlichen oder thatsächlichen Gründen nicht ausgeübt werden kann.

---

8) Vgl. V. O. § 69.

9) V. O. § 70. Die Kommentatoren nehmen überwiegend an, daß das Vormundschaftsgericht in diesem Falle zuständige Behörde im Sinne des § 92 der Grundbuchordnung sei — oben Bd. 1 § 336 bei Anm. 10 — und die Löschung eines Theiles der Hypothek beim Grundbuchrichter beantragen könne; dagegen Eccius Bd. 4 § 235 Anm. 18.

1) Vgl. Adamkiewicz der Rechtsbegriff der Curatel — Pflegschaft, 1892.

2) V. O. § 86 Abs. 1.

3) Es gehört hierher u. A. Anfechtung der Legitimität seines Kindes durch den Vater L. R. II, 2 § 9, Vernachlässigung seiner Erziehung L. R. II, 2 §§ 90 ff. 266. Schwebt zwischen den Eltern ein Ehescheidungsprozeß, so ist den Kindern nur in Fällen ein Pfleger zu bestellen, in welchen persönliche oder sachliche Rechte oder Inter-

Bei einem Widerstreit erheblicher Interessen mehrerer Mündel desselben Vormundes erhält jeder Mündel beziehungsweise jede Gruppe von Mündeln einen Pfleger. Der gemeinsame Vormund soll keine Partei in solchem Streit ergreifen.

b) Die Leibesfrucht erhält einen Pfleger im Bedürfnißfalle, ohne Unterschied, ob sie ehelich oder unehelich erzeugt ist, ob sie eventuelle Erbansprüche hat oder ob andere Rechte derselben, sei es in Folge Vertrages oder Vermächtnisses oder auf Grund des Gesetzes zu wahren sind.[5] Die Schwangerschaft muß nur wahrscheinlich gemacht sein.

Der Pfleger hat dem Embryo alle Rechte zu wahren, welche Schutz und Vertretung erfordern.[6]

c) Dem Nachlaß ist ein Pfleger zu bestellen, wenn der Erbe unbekannt ist. Das Nähere ist im Erbrecht zu besprechen.[7]

d) Außerdem können nach einer allgemeinen Klausel des Gesetzes Personen, welche selbst zu handeln außer Stande sind und der väterlichen oder vormundschaftlichen Vertretung entbehren, für einzelne Angelegenheiten oder einen bestimmten Kreis derselben einen Pfleger erhalten.[8] Es gehören hierher vorzugsweise zwei Klassen von Fällen, nämlich einmal,

---

essen derselben zu wahren sind; die hierüber L. R. II, 18 § 33 und Anhang § 153 getroffenen Bestimmungen sind, weil dem Vormundschaftsrecht angehörig, durch die V. O. formell beseitigt; der § 8 aber der Verordnung vom 28. Juni 1844 ist ausdrücklich aufgehoben durch das Ausführungsgesetz vom 24. März 1879 zur C. P. O. § 5. Weitere Anwendungsfälle sind die Auseinandersetzung zwischen Vater und Kindern, wenn ersterer zur weiteren Ehe schreitet, L. R. II, 1 § 1001 ff., der Abschluß eines Geschäftes minderjähriger Kinder mit dem Vater L. R. II, 18 § 29, die Fälle des freien Kindesvermögens und die, in welchen dem Vater die Verwaltung des nichtfreien Vermögens wegen Konkurs, Unfähigkeit zur Sicherstellung, wo sie zu stellen wäre u. s. f. entzogen ist, vorausgesetzt, daß das Kind minderjährig oder nicht im Stande ist, sich selbst zu vertreten.

4) Haben ausländische Minderjährige im Inlande Vermögen, so ist in der Regel bei uns kein Pfleger zu bestellen, vielmehr hat der ausländische Vormund im Inlande die Legitimation, welche ihm nach den Gesetzen des Wohnortes des Mündels zusteht. Vgl. übrigens R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 511. Anders wenn der ausländische Vormund nach seinem heimischen Rechte nur innerhalb des heimischen Staatsgebietes legitimirt ist, wie nach Eccius Bd. 4 § 236 Anm. 9 innerhalb Nordamerikas der Fall ist. Umgekehrt haben Vormünder inländischer Mündel nach einheimischem Recht auch Legitimation zur Verwaltung des im Auslande belegenen Vermögens ihrer Mündel, wobei es freilich vom Rechte des Auslandes abhängt, ob diese Legitimation dort anerkannt wird. Die Bestimmungen von L. R. II, 18 § 81 ff., welche auf einem ganz anderen Standpunkte stehen, als derjenige der Vormundschaftsordnung ist, können nicht, wie Wachler und Neumann zu § 86 der V. O. wollen, als derzeit bestehend gelten.

5) Vgl. V. O. § 88. Das römische Recht kannte eine cura ventris nur, wenn das Kind im Mutterleibe Erbansprüche und die schwangere Mutter daraufhin eine Einweisung in die Erbmasse erlangt hatte.

6) Vgl. oben Bd. 1 § 41 Anm. 5 ff.

7) V. O. § 89, unten § 216.

8) V. O. § 90.

wenn unbekannt oder ungewiß ist, wer der Inhaber eines Rechtes ist, wohin u. A. die Pfleger für unbekannte oder ungewisse Fideikommißanwärter oder für eine künftige Descendenz gehören,[8b] dann, wenn der Berechtigte zwar bekannt, aber an der Wahrnehmung seiner Rechte verhindert ist, wenn z. B. ein noch nicht entmündigter Geisteskranker für gewisse Angelegenheiten der Vertretung bedarf.[9]

III. Auf die Pflegschaft finden die Vorschriften über die Vormundschaft entsprechende Anwendung.[10] Doch bestehen auch abweichende Sätze. Für gewisse Fälle ist die Zuständigkeit des Vormundschaftsgerichts besonders geregelt.[11] In der Bestallung des Pflegers ist der Kreis der ihm anbefohlenen Geschäfte besonders und genau zu bestimmen.[12] Eine unmittelbar nach dem Gesetz eintretende Pflegschaft giebt es nicht; die Bestellung geht nicht immer vom Vormundschaftsrichter aus, sondern in gewissen Fällen vom Prozeßrichter.[13] Wird bei Zuwendungen an eine in väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehende Person durch Anordnung desjenigen, welcher die Zuwendung gemacht hat, eine Pflegschaft nöthig, so ist der bei der Zuwendung Benannte zum Pfleger zu berufen.[14] Die Aufnahme eines Inventars, die Rechnungslegung oder die Einreichung einer Vermögensübersicht liegt dem Pfleger nur ob, wenn er eine Vermögensverwaltung führt. Auch die Nothwendigkeit der Genehmigung zu gewissen Handlungen, die Pflicht, Sicherheit zu stellen und zu hinterlegen,

---

8b) So auch R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 1019, vgl. unten § 100 Ziff. 1.

9) Dies auf Ersuchen des Amtsgerichtes, wenn das Entmündigungsverfahren eingeleitet ist, C. P. O. § 600, R. G. Bd. 9 S. 180, aber auch in anderen Fällen des Bedürfnisses, Kam. Ger. Bd. 4 S. 107. — Auch behufs Versetzung in den Ruhestand kann einem wegen körperlicher oder geistiger Schwäche unfähigen Beamten ein Pfleger bestellt werden, Ges. vom 21. Juli 1852 § 89, Johow App. Ger. Bd. 7 S. 81. — Einem nicht entmündigten Verschwender kann ein Pfleger nicht bestellt werden.

10) V. O. § 91.

11) V. O. § 8, vgl. oben § 77 Anm. 13 und 14.

12) R. G. Bd. 14 S. 269.

13) Nach der R. C. P. O. § 55 hat der Vorsitzende des Prozeßgerichts einer verklagten nicht prozeßfähigen Person, welche ohne gesetzlichen Vertreter ist, falls mit dem Verzug Gefahr verbunden ist, auf Antrag des Klägers bis zum Eintritt des gesetzlichen Vertreters einen Pfleger zu bestellen. Der Vorsitzende des Gerichts kann einen solchen Vertreter auch dann bestellen, wenn Dienstboten, Fabrikarbeiter, Studirende, Personen, die ihrer Militärpflicht genügen — vgl. R. C. P. O. § 21 — nicht prozeßfähig sind und an ihrem Aufenthalts- oder Garnisonorte verklagt werden. Es entspricht dies dem bisherigen preußischen Recht. Dagegen hat der Prozeßrichter in Entmündigungssachen wegen Geisteskrankheit nicht mehr wie nach A. G. O. I, 38 § 5 und Anhang § 283 vorläufig einen Kurator zu bestellen, sondern der Amtsrichter dem Vormundschaftsgericht zum Zweck dieser Anordnung Mittheilung zu machen, R. C. P. O. § 600. Die Bestellung von Vertretern der unbekannten oder nicht aufzufindenden Interessenten bei der Subhastation erfolgt durch das Vollstreckungsgericht, Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien §§ 4. 131, oben Bd. 1 § 347 Anm. 25.

14) V. O. § 87. Die Form ist die der V. O. § 17 Ziff. 2. Doch ist dies bestritten.

trifft den Pfleger wie den Vormund. Er kann aber auch befreit werden, wie ein Vormund.[15]

Die Bestellung eines Gegenvormundes ist nicht erforderlich, selbst wenn die Pflegschaft mit einer Vermögensverwaltung verbunden ist.

Die Verpflichtungen zwischen Pfleger und Pflegebefohlenen sind analog denen des Vormundes und Mündels,[16] der Pflegebefohlene hat das Vorrecht im Konkurse des Pflegers, welches dem Mündel gegen den Vormund zusteht.[17]

Die Pflegschaft hört auf, wenn der Grund zu deren Einleitung gehoben,[18] insbesondere wenn ihr Zweck erfüllt ist. Auch der Pfleger hat, wenn er eine Vermögensverwaltung führte, dem Vormundschaftsgericht Schlußrechnung einzureichen und es liegt dem Gerichte ob, über die Entlastung desselben, soweit thunlich, zu verhandeln.

---

15) Da die Bestimmungen der V. O. bezüglich der Vormundschaft auf die Pflegschaft anzuwenden sind, so kann es keinem Zweifel unterworfen sein, daß Vater und Mutter den von ihnen benannten Pfleger wie einen Vormund befreien dürfen. Es bestimmt aber außerdem V. O. § 87 Abs. 2, daß der Pfleger, welchen ein Erblasser bei einer Zuwendung an eine in väterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehende Person benennt, dabei von Rechnungslegung während der Pflegschaft, von Sicherheitsstellung und von Genehmigung des Gegenvormundes oder des Vormundschaftsgerichts zu gewissen Handlungen befreit werden kann. Kann sich die Befreiung auch auf die Verpflichtung zur Hinterlegung der Werthpapiere erstrecken? Dies verneinen die Kommentatoren; die Vorschrift des Gesetzes entscheidet, meint Wachler zu § 87, und duldet keine ausdehnende Auslegung. So auch Eccius Bd. 4 § 236 Anm. 13. Wer, wie wir, annimmt, daß dem Gesetz das allgemeine Princip zu Grunde liegt, daß der Erblasser der Pflegschaft über das von ihm hinterlassene Vermögen die von ihm beliebte Gestalt geben kann, soweit nicht genügende Gründe des öffentlichen Rechtes entgegenstehen, wird allerdings im Stande sein, über den Redaktionsfehler wegzugehen und den Grundgedanken des Gesetzes trotz desselben zur Anerkennung zu bringen.

16) Ueber die Honorirung des Pflegers vgl. V. O. § 89 Abs. 3 und oben § 84 Anm. 3.

17) Reichskonkursordnung § 54 Ziff. 5.

18) V. O. § 91 Abs. 2.

Sechstes Buch.

Das Erbrecht.

Erster Abschnitt.

Die Grundzüge.

§ 90. Stellung des Erbrechts im Rechtssystem.

Den Schlußstein des Privatrechts bildet das Erbrecht, d. h. die Lehre vom Uebergang der Rechte eines Verstorbenen auf die Lebenden. Die Vererblichkeit ist dem Eigenthumsrechte und den Schuldverhältnissen, überhaupt den zahlreichsten und wichtigsten Vermögensrechten regelmäßig innewohnend. Indem sie der Zufälligkeit des längeren oder kürzeren Lebens ihres jetzigen Inhabers entrückt wurden, erhielten sie die Eigenschaften des Bestandes und der Dauer, ohne welche sie ihre Zwecke nicht erfüllen könnten. Nur hierdurch wurde eine gewisse Gleichförmigkeit und Festigkeit der bürgerlichen und wirthschaftlichen Verhältnisse gegenüber der raschen Vergänglichkeit der Einzelnen möglich, und eine fortgesetzte und ununterbrochene Lösung der den Privatwirthschaften gestellten Aufgaben erreichbar.[1] In diesem Sinne ist das Erbrecht natürliches Recht. Antastung des Erbrechts ist Negation des Privatrechts und in Infragestellung der Grundlagen der gesellschaftlichen Ordnung wie der Grundbedingungen einer höheren menschlichen Kultur.

Die ältere naturrechtliche Schule erachtete zwar die Intestaterbfolge als natürlichen Rechtens,[2] betrachtete aber die Testamente als eine Ein-

---

1) Gut ist dies ausgeführt von Stahl Rechtsphilosophie II, 1 § 90, ferner von Unger östreichisches Erbrecht Einleitung Anm. 1. Vgl. Pfaff und Hofmann Kommentar östr. b. G. B. Bd. 2 S. 4 und Excurse Bd. 2 S. 1 ff.

2) Schon die Joachimica aus dem Jahre 1527 besagt Tit. VI sect. 1 § 1: „Nichts billiger ist, denn daß der Sohn des Vaters Erbe sei, dieweil die Güter des Vaters dem Kind auch aus natürlichen Rechten zuständig.“

richtung des bloß positiven Rechtes.[3] Hierin mag ein Nachklang dessen liegen, daß der germanischen Rechtsauffassung die Testamente ursprünglich fremd waren. Dazu kam aber, daß sich die naturrechtliche Schule den Uebergang der Rechte nicht anders vorzustellen wußte, als im Wege eines Vertrages, mittels dessen der Eine empfängt, während der Andere giebt. Nur durch die Unsterblichkeit der Seele und die Fiktion, daß sie noch Eigenthümerin bis zum Erbschaftserwerbe bleibe, glaubte daher Leibnitz die testamentarische Erbfolge begründen zu können. In Wahrheit hat der einseitige, letzte Wille nicht minder Anspruch auf Anerkennung durch eine die Menschenwürde ehrende Rechtsordnung, als der zweiseitige unter Lebenden erklärte. Wie dieser ist auch er eine Aeußerung der privatrechtlichen Selbständigkeit, die ein hohes Gut des Individuums bildet und mit Fug nur so viel Abbruch erleidet, als die allgemeinen Interessen der Gesammtheit, der Sittlichkeit und des Staatswohles erfordern.

Die Gewährleistung des letzten Willens durch die Gesammtheit ist um deswillen um so dankenswerther, weil in der Zeit, in welcher er sich verwirklichen soll, die Persönlichkeit, von der er ausging, dem irdischen Dasein entnommen und der Arm niedergesunken ist, welcher die Anordnungen ausführen könnte. Diese Gewähr verliert für den Erblasser nicht darum ihren Werth, weil er nur deren Vorgefühl haben kann. Die Sicherheit, für die ihm Nahestehenden zu erwerben, giebt dem Individuum in der Zeit seiner Kraft den stärksten Antrieb zur Erhaltung und zur Vermehrung seines Vermögens durch Arbeit und Sparsamkeit, und verleihet ihm im Angesichte des Todes den letzten irdischen Trost.[4]

§ 91. Das gemeine deutsche Erbrecht.[1]

In der Receptionszeit übernahm man in Deutschland das römische Erbrecht als gemeines Recht und setzte sich damit in den Besitz eines großartig angelegten, auf das Feinste und mit größter Liebe durchgebildeten, aber vielfach historisch bedingten, in wesentlichen Punkten dem deutschen Rechtsgefühle entgegenstehenden Erbrechtssystems. Die Assimilation konnte nur allmählich

---

3) Dies ist der Standpunkt, den das Projekt des corp. jur. Frid. part. II lib. 6 tit. 1 § 1 einnimmt: „wenn eine Erbschaft ab intestato deferirt wird, ist sie ein modus acquirendi juris in re naturalis, wenn sie ex testamento deferirt wird, ein modus acquirendi juris in re civilis“.

4) Quintilian. Declam. 308: neque enim aliud videtur solatium mortis, quam voluntas ultra mortem.

1) Ueber das gemeine Erbrecht vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 54 und dort Angeführte. Zur Litteratur gehört Gans das Erbrecht in weltgeschichtlicher Bedeutung, 4 Bde. 1824—35. Lassalle das Wesen des römischen und germanischen Erbrechts, Th. 2 seines Systems der erworbenen Rechte.

und nur unter wesentlichen Aenderungen des specifisch römischen Rechtes geschehen; zahlreiche römische Rechtssätze wurden anerkanntermaßen nicht übernommen, andere gingen, wenn sie auch in der Wissenschaft als recipirt gelten, nie in das Leben und in die Praxis über. Eine kurze Uebersicht über das römische Erbrecht mag zeigen, um welche tiefgreifende Umbildungen es sich hier handelte.

a) Die Entwickelung des römischen Rechtes hatte auch im Erbrecht auf dem Dualismus des civilen und des prätorischen Rechtes beruht. Der Prätor hatte nämlich aus der bonorum possessio, welche ursprünglich nur ein Provisorium zu Gunsten des vermuthlichen Civilerben begründete, nach und nach eine selbständige Erbfolge gemacht, welche auch dem Zwecke diente, die Lücken der gesetzlichen Erbfolge zu ergänzen und deren Härten abzustreifen.[2] Im justinianischen Rechte hatte freilich in Folge der Reformen der civilen Intestaterbfolge und der Umgestaltung der älteren Testamentsformen die bonorum possessio viel von ihrer alten Bedeutung verloren. Immerhin bestanden beide Erbrechtssysteme hier noch nebeneinander. Der Dualismus ist aber nicht in das gemeine Erbrecht Deutschlands übergegangen, die bonorum possessio wurde vielmehr hier mit dem civilen Erbrechte verschmolzen.[3]

b) Das römische Intestaterbrecht hatte durch Justinian einen rationellen, auf kosmopolitischen Ansichten beruhenden Abschluß erhalten. Die Vorrechte der agnatisch also vorzugsweise der durch den Mannsstamm Verwandten waren beseitigt, die Erbfolge beruhte auf der Blutsverwandtschaft als solcher, und zwar nach der Gradualerbfolge, unter Vorzug gewisser Klassen, nämlich der Descendenten, Ascendenten, Geschwister und Kinder der Geschwister des Erblassers. Dieser Erbfolgeordnung, welche nicht ohne Berührungspunkte mit älteren deutschen Einrichtungen war, konnte man sich in Deutschland ohne Schwierigkeit anschließen. Das Erbrecht der Ehegatten war dagegen im römischen Rechte ein äußerst beschränktes gewesen und entsprach den deutschen Verhältnissen keineswegs, recipirte man daher jenes Recht als gemeines, so

2) Daß der Prätor die bonorum possessio zuerst nur gab, um den prima facie Civilerben schleunig den Besitz der körperlichen Erbschaftssachen zu gewähren, daß er später dieselbe auch in Fällen ertheilte, in welchen ein civiler Erbe fehlte und daß erst zuletzt die bonorum possessio auch Civilerben gegenüber durch exceptio doli geschützt, also emendandi juris civilis causa gegeben wurde, gehört uns zu den zweifelsfreien historischen Thatsachen. Denn abgesehen von den Spuren, die in der Gestaltung des Instituts sich deutlich von diesem Gange erhielten, ist es in aller Welt und zu allen Zeiten mit dem Rechte der Gerichtspraxis so gegangen, daß es sich zunächst an das Gesetz anlehnte und dasselbe durchzuführen suchte, allmählich aber darüber hinausging, bis es das Gesetz überwucherte. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 63 und dort Angeführte.

3) Leist bonorum possessio Bd. 2 S. 349 ff., Fortsetzung von Glück Serie der Bücher 37 und 38 Bd. 2 S. 344 ff.

wurden doch partikularrechtlich im Anschluß an das deutsche eheliche Güterrecht fast durchweg dem überlebenden Ehegatten viel weitergehende Erbrechte zu Theil.

c) Der Mittelpunkt des römischen Erbrechts lag in der testamentarischen Erbfolge,[4] seit sich der römische Rechtssinn zur selbständigen Geltung brachte. Dem älteren deutschen Rechte dagegen war das Testament ganz fremd.[5] Eine Art Ersatz hatte ihm die in beschränkter Weise anerkannte Vergabung von Todeswegen[6] gebildet, mittels deren der Bedachte, vorzugsweise an Grundstücken, ein gegenwärtiges dingliches Recht erwarb, während der Erblasser für seine Lebenszeit die Nutzung behielt. Daneben waren im Mittelalter allmählich Testamente nach römischer Art zunächst zu milden Zwecken, auch bei Nichtgeistlichen, in Aufnahme gekommen.[7] Mit der Reception des römischen Rechtes hielt allerdings das gesammte römische Testamentsrecht seinen siegreichen Einzug in Deutschland. Doch fristeten wesentliche Grundgedanken, wie namentlich die Regel „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“ nur ein Scheinleben in der Doktrin; der praktischen Rechtsanwendung blieben sie überwiegend fremd. Die formale Behandlung der Testamente, in welcher die römische Konsequenz ihre höchsten Triumphe feierte, konnte in Deutschland keine Wurzel fassen und mußte vielfach als unpraktische Subtilität erscheinen. Auch der römische Satz, wonach der Erblasser seine Testirfreiheit nicht willkürlich beschränken konnte, fand keine unbedingte Aufnahme; die Geltung des Erbvertrages erhielt vielmehr allgemeine Anerkennung. Es gewannen ferner die korrespektiven Testamente, welche das römische Recht in seiner reinen Gestalt nicht gekannt hatte, namentlich bei Ehegatten eine große praktische Bedeutung.

d) Die regelmäßige römische Form der Testamente vor 7 Zeugen, wenn auch durch die Reichsnotariatsordnung bekräftigt, kam kaum je allgemein

---

4) Bereits die zwölf Tafeln gewährleisteten dem Römer die Testirfreiheit und zwar wie die genaue Vergleichung der Quellen ergiebt, durch die Worte: uti legassit ita jus esto. Die politische Bedeutung dieser Bestimmung zur Zeit ihres Erlasses ist nicht minder zu beachten, als ihre folgenschwere Einwirkung auf das römische Privatrecht. So lange die Testamentsfreiheit nicht anerkannt war, wurden die einer Gens zugewandten s. g. passiven Mitglieder derselben, welche keine liberi hatten und als capite minuti, Manumittirte, Uneheliche auch keine Agnaten, nothwendig von der gens, d. h. den Patriciern beerbt; Cicero de oratore I, c. 39. Die Testamentsfreiheit brachte daher diesem erheblichen Theile des Plebejerstandes eine wahre Befreiung.

5) Tacitus Germania cap. 21 . . heredes . . . successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum . . . si liberi non sunt, proximus gradus in successione fratres, patrui, avunculi. Beseler Lehre von den Erbverträgen Bd. 1 S. 1 ff.

6) Beseler Erbverträge Bd. 1 S. 4, 19 ff.

7) Beseler Erbverträge Bd. 1 S. 242 ff.

in Aufnahme. Es entstand in dieser Hinsicht eine wahre Anarchie, bis man sich überwiegend entschloß, zur gerichtlichen Form überzugehen.

e) Das römische Recht hatte die ursprünglich unbeschränkte Testirfreiheit, wonach der Erblasser sogar seine Descendenten ausschließen konnte, durch zahlreiche Rechtssätze theils formeller, theils materiellrechtlicher Art immer mehr eingeengt. Dieselben gehörten verschiedenen Epochen an, trugen das Gepräge sehr von einander abweichender Zeitströmungen und bildeten einen höchst streitigen Inbegriff von Satzungen, welche in Deutschland schwer verständlich sein mußten. In der deutschen Praxis starben viele dieser Rechtssätze, insbesondere die dem formellen Notherbenrecht angehörigen, von selbst ab.

f) Uebernommen wurde in Deutschland der Gedanke, daß der Erbe Universalsuccessor des Erblassers sei, welcher denselben aktiv und passiv vertritt, und zwar auch mit seinem eigenen Vermögen, wenn er nicht ein Inventar errichtet hat. Damit war freilich theoretisch schwer vereinbar, daß sich aus dem deutschen Rechte das in anderen Vorstellungen wurzelnde Institut der Testamentsvollstreckung erhielt.

g) Das Nachlaßgericht erhielt erheblichen Einfluß auf die Regelung der Erbverhältnisse, wie ihn das römische Recht auch nicht annähernd gekannt hatte. Auch dem Nachlaßkurator wurde überwiegend eine andere Stellung als nach römischem Rechte zugetheilt. —

Die romanistische Doktrin unseres Jahrhunderts hat das römische Erbrecht gründlicher und tiefer erfaßt, als dies in Deutschland jemals früher der Fall war. Ihrer anderen hochbedeutsamen Aufgabe, die Elemente, welche dem deutschen Rechtsleben fremd sind, nachzuweisen und deren Beseitigung zu fördern, sind nur Wenige nachgegangen.[8]

§ 92. Das preußische Erbrecht.[1]

Wenn auch das preußische Erbrecht seine hauptsächliche Grundlage im römischen und gemeinen Rechte hat, so ist es doch in wesentlichen Punkten, insbesondere bei dem Erbschaftserwerb deutschrechtlichen Grundsätzen gefolgt. Aber auch wo es römische Rechtssätze übernahm, hat es ihnen ein selbständiges

---

8) Eine richtige Charakterisirung der vielfach maßgebenden Behandlungsweise findet sich bei Fitting zur Geschichte des Soldatentestamentes, Halle a. S. 1866 S. 34.

1) Die Litteratur des preußischen Erbrechts ist nicht erheblich. Zuerst erschien Gründler die Erbfolge nach den Grundsätzen des gemeinen preußischen Rechtes, Nürnberg 1798, später Crelinger System des preußischen Erbrechtes, Breslau 1834. Zu den schwächeren Werken Kochs gehört das Preußische Erbrecht aus dem gemeinen deutschen Rechte entwickelt, Berlin 1866. Eine recht brauchbare Kompilation nach Art seiner Glossen giebt Gruchot Preußisches Erbrecht 3 Thle. 1865—1867. Neuerdings Zürn Handb. des Preuß. Erbrechts 1893.

Gepräge verliehen, indem es mit einer Reihe von veralteten Bestimmungen völlig brach, andere den nationalen Anschauungen und Bedürfnissen entsprechend umbildete. Demgemäß ist, trotz mancher Mißgriffe im Einzelnen, ein im Wesentlichen gesundes und den Verhältnissen angemessenes Erbrechtssystem entstanden, welches sich auch im Leben praktisch bewährt hat.

I. Die Geschichte des preußischen Erbrechtes knüpft sich an folgende gesetzgeberische Urkunden.

a) Lokale Bedeutung für die Mark Brandenburg hat die s. g. constitutio Joachimica vom 9. Oktober 1527,[2] welche das römische Erbrecht der Blutsverwandten im Wesentlichen übernahm, der Geltung von Testamenten allgemeine Bahn brach, und das Erbrecht zwischen Ehegatten altem Brauch der Mark zufolge feststellte.

b) Während das Projekt des corpus juris Fridericiani in anderen Lehren in Folge seiner Abhängigkeit von der römischen Theorie wahrer Originalität entbehrt, ist es im Erbrechte reformatorisch zu Werke gegangen.[3] Es verwirft unter Anderem die Regel nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, beseitigt die quarta Falcidia Trebelliana, und erklärt als die ordentliche Form der Testamente ausschließlich die gerichtliche. Das Projekt gewann aber freilich in diesem Theile keine Gesetzeskraft,[4] hat also unmittelbar praktische Wirkung nicht gehabt.

c) Eine beachtenswerthe Fortentwickelung erhielt das Erbrecht durch die Verordnung vom 30. April 1765,[5] welche in ihrer ersten Abtheilung ein allgemeines Landesgesetz bildete und Vorschriften über die Erbeserklärung, Versiegelung, Inventur, Zahlung und Vorladung der erbschaftlichen Gläubiger gab, während die zweite Abtheilung eine Deklaration streitiger Fragen aus der Joachimica in Ansehung der Erbfolge zwischen Eheleuten enthält und nur Bedeutung für die Mark Brandenburg hat.[6]

d) Den gedachten Gesetzen entnahm zu einem großen Theile seine Bestimmungen das Landrecht, derzeit die Hauptquelle des preußischen Erbrechtes.[7] [8]

---

2) Constitution, Willkür und Ordnung der Erbfälle und andere Sachen vom Mittwoch nach Francisci 1527, wie damit durch die ganze Marck Brandenburg und zu gehörendten Landten hinführo soll gehalten werden, c. c. M. II, 1 S. 19. Heydemann die Elemente der Joachimschen Constitution vom Jahre 1527, Berlin 1841, vgl. auch Korn Güterrecht der Eheleute S. 139 ff.

3) Das Projekt behandelt das Erbrecht als dingliches Recht nach den jura in re in part. II, lib. 6—8 auf S. 143—292. Vgl. oben Bd. 1 § 4 Anm. 3.

4) Hymmen Beiträge Bd. 4 S. 85.

5) N. c. c. vol. III, S. 690.

6) Dieser Theil des Gesetzes hat in der Mark noch Geltung.

7) Das L. R. behandelt das Erbrecht an verschiedenen Stellen seines Systems. Der Erwerb der Erbschaft hat seine Stelle L. R. I, 9 § 350 ff. bei der Darstellung der

II. Seit Gans sind die Grundgedanken des preußischen Erbrechtes überwiegend Gegenstand tadelnder Kritik geworden, welche sich von einem Schriftsteller zum anderen fortsetzt. Den Ausgangspunkt gab die Behandlung des Notherbenrechtes, gemäß welchem die Verwandten im Wesentlichen nur eine persönliche Forderung auf Leistung ihres Pflichttheils haben. Jenem Schriftsteller schwebte aber als Ideal das aus germanischem Rechte erwachsene Erbrecht des code civil vor, wonach der Erblasser beim Vorhandensein gewisser Verwandten nur über einen Theil seiner Erbschaft letztwillig verfügen kann. Dieses Erbrecht schien ihm allein den Anforderungen der Philosophie zu entsprechen, wie sie nach Hegel zu stellen waren. Das römische Recht bedurfte nach dieser Ansicht einer Versöhnung, weil es von Hause aus zwei Gegensätze enthalten habe, die testamentarische und die Intestaterbfolge. Dieselben seien aufzulösen, was durch eine quantitative Festsetzung erreicht werde. Man brauche nur dem Testator eine bestimmte Quantität zuzuweisen, über die er verfügen könne, oder andererseits dem Intestaterben zuzugestehen, ein gewisses Quantum ohne Weiteres zu verlangen, dann würden Testament und Intestaterbfolge aus Qualitäten zu Quantitäten herabgesetzt und die Frage eine Rechnungsfrage werden, zugleich aber auch das Familienerbrecht zur Hauptgrundlage gemacht. Dies Alles sei nun vom Landrechte nicht geschehen. Dasselbe habe die Gegensätze des römischen Erbrechts unvermittelt aufgenommen, jedoch mit einer gewissen laulichen Billigkeit so sehr abgestumpft, daß alle Schärfe aus seinem Erbrecht verbannt und ein juristischer Verstand kaum mehr darin zurückgeblieben sei. Von diesem Standpunkte wird selbst die Abschaffung der Regel nemo pro parte testatus, die Regelung des Akkrescenzrechtes im Landrecht als inkonsequent und unjuristisch bezeichnet.[9]

---

unmittelbaren Erwerbsarten des Eigenthums; die Lehre der Testamente und Kodicille, sowie der Erbverträge findet sich unter den mittelbaren Erwerbsarten im zwölften Titel des ersten Theiles; das Verhältniß der Miterben wird I, 17 § 115 ff. dargelegt; die Intestaterbfolge und das Pflichttheilsrecht im Familienrechte II, 1 § 438 ff., II, 2 § 271 ff., II, 3 § 31 ff. Mehrere Gesetze haben das landrechtliche Erbrecht weiter entwickelt oder umgebildet. Es gehört hierher namentlich die Verordnung vom 28. März 1840, betreffend die Befugnisse der Beneficialerben, ferner die Beseitigung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses und die Regelung eines Aufgebotsverfahrens, letztlich durch Gesetz vom 28. März 1879, sowie das Gesetz vom 12. März 1869, betreffend die Erbbescheinigungen.

8) Auch hier ist zu erinnern, daß die für das Erbrecht wichtigen drei ersten Titel des zweiten Theiles in einzelnen Landestheilen suspendirt sind — vgl. oben § 1 Anm. 20 — ferner, daß in mehreren Landestheilen dem Landrechte lokale Rechte vorgehen. Sie betreffen überwiegend das Erbrecht der Ehegatten, vgl. unten § 191.

9) Gans Beiträge Bd. 2 S. 123 ff. Förster findet zwar Bd. 4 S. 14, daß das preußische Notherbenrecht im Allgemeinen einfach und durchsichtig, frei von dem Kontroversenwust des gemeinen Rechtes sei und entschieden günstigen Erfolg erreicht habe, dennoch behauptet er mit Beziehung auf Gans, das preußische Erbrecht sei, wenn auch Einzelnheiten Lob gebühre, „principiell eine durchaus mißlungene Schöpfung.“ Es

Dem ist zu erwidern, daß das Erbrecht des französischen Rechtes, wonach der Erblasser beim Vorhandensein naher Verwandten nur über einen Theil seines Vermögens letztwillig verfügen kann, der derzeitigen deutschen Volksauffassung, wie sie sich unter dem Einflusse des römischen Rechtes gestaltet hat, sowie auch den heutigen wirthschaftlichen Verhältnissen nicht entspricht und nicht mit Fug in Frage kommen konnte. Der Gegensatz aber zwischen testamentarischer und Intestaterbfolge beruht auf einem Dualismus, der das gesammte Privatrecht beherrscht. Er besteht auch bei dem französischen Erbrecht fort und findet auch nicht dadurch seine Auflösung, daß man dem Testamente eine quantitative Schranke setzt. Angriffe dieser Art sind Schaustücke der Dialektik. Die Abstumpfung der römischen Konsequenz im Landrechte aber ist nichts Anderes als die den deutschen Anschauungen entsprechende Umbildung des römischen Rechtes,[10] welche als eine wichtige, durch die preußischen Gesetzgeber vollzogene gesetzgeberische That Anerkennung verdient, und einen dauernden Werth für die deutsche Rechtsentwickelung behalten wird.

§ 93. Die Berufungsgründe.

Das preußische Recht kennt wie das gemeine drei Arten von Berufungsgründen zur Erbfolge, nämlich die gesetzliche, die testamentarische und die durch Erbvertrag begründete Berufung, während das römische Recht nur die beiden ersten Arten zuließ. Testament und Erbvertrag haben das Gemeinsame, daß sie aus dem Willen des Erblassers hervorgehende Geschäfte von Todeswegen bilden.[1] Beide treten hierdurch in Gegensatz gegen die unmittelbar auf der allgemeinen Rechtsnorm ruhende gesetzliche Erbfolge.

Vielverbreitet ist die Auffassung, daß gemäß naturrechtlichen Theorien[2] letztlich und der Wurzel nach im Landrechte nur ein Grund der Berufung bestehe, nämlich der Wille des Erblassers.[3] Nach jener Ansicht ist die Grund-

---

werde von dem Erbrechte des französischen Rechtes übertroffen, welches sich nicht zwischen die Gegensätze des germanischen und römischen Rechtes gestellt, sondern festen Fuß auf dem germanischen Rechte gefaßt habe. Das Urtheil wird dahin resumirt, daß das preußische Erbrecht ein sehr wunderliches Gebäude geworden sei.

10) Vgl. Bornemann System Bd. 6 S. 2 ff.

1) Geschäfte von Todeswegen sind alle, die zum Zweck haben, unserer Verfügung unterstehende Verhältnisse nach unserem Tode zu ordnen, vgl. unten § 175 Anm. 9.

2) Vgl. die bei Göppert Miteigenthum S. 6, und Pfaff und Hofmann Exkurse zum östr. b. G. B. Bd. 2 S. 2 angeführten älteren naturrechtlichen Schriftsteller, wonach Intestaterbe sein sollte, qui defuncto carissimus fuisse creditur, Grotius de jure belli et pacis II, 7, 3, oder qui tempore mortis firmissima amicitia a defuncto dilectus erat, Thomasius, inst. jurispr. div. II, 10, 180. Daries inst. jurispr. universalis §§ 499 ff. 643 ff.

3) Diese Auffassung erachtet als die landrechtliche unter Anderem Koch Erbrecht § 12, Förster Bd. 4 § 258 Anm. 3, Göppert Miteigenthum S. 6 ff.

lage der gesetzlichen Erbfolge einzig die Vermuthung, daß der durch sie Berufene vom Erblasser zur Zeit des Todes als Erbe gewünscht war. Im Sinne des Gesetzes wären also die verschiedenen Berufungstitel nur aufzufassen als verschiedene Erkenntnißquellen des Willens des Erblassers, da dieser entweder ausdrücklich und besonders ausgesprochen sei oder sich in der Beibehaltung der gesetzlichen Erbfolge äußere. Diese wird hiernach geradezu bezeichnet als ein im voraus für Alle, welche dasselbe nicht ausschließen, gemachtes Testament.

Eine derartige Betrachtungsweise entspricht weder der geschichtlichen Entwickelung, noch würdigt sie die Bedeutung dispositiver Normen richtig, noch stimmt sie überein mit den Grundsätzen der positiven Gesetzgebung Preußens.[4] Geschichtlich ist die unmittelbar der Rechtsordnung entstammende Erbfolge, vor Allem die der Verwandten, der Ausgangspunkt des deutschen Erbrechtes, sie blieb auch bei seiner weiteren Ausbildung seine Grundlage. Dies änderte sich nicht dadurch, daß sie ihre ursprüngliche Ausschließlichkeit verlor, daß sie also Anordnungen des Erblassers im Einzelfalle weichen muß. Denn es ist etwas Anderes, dem Willen des Einzelnen die Kraft zuzugestehen, die allgemeine Norm im gegebenen Falle zu durchbrechen, als die allgemeine Norm auf den Einzelwillen zurückzuführen.[5]

Die dispositive Norm hat ihren Bestimmungsgrund wie die zwingende in der Staatsraison, also in der Erwägung dessen, was für das Allgemeine wie die Einzelnen durchschnittlich das Zuträgliche und Wünschenswerthe ist. Die zwingende Rechtsnorm freilich erachtet ihre Vorschrift als schlechthin unerläßlich, sie läßt daher dem Willen der Betroffenen keinen Spielraum, die dispositive geht soweit nicht; wenn sie auch für die Regel das Zweckmäßige gefunden zu haben meint, so verkennt sie nicht, daß unter Umständen eine andere Gestaltung der Dinge zulässig sein mag und verstattet eine solche dem Einzelwillen. So erheblich dieser Unterschied ist, die Quelle ist für beide Arten von Normen dieselbe, nur die Wirkungen sind verschieden bestimmt. Es gilt dies auch für die Ordnung der gesetzlichen Erbfolge, des wichtigsten der Dispositivgesetze. Dies bewährt sich darin, daß die gesetzliche Erbfolge auch beim Nachlaß von Kindern und Geisteskranken eintritt, die im Rechtssinne

4) Suarez erklärt allerdings mehrfach die voluntas praesumta des Erblassers als Grundlage der Intestaterbfolge. So in Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 168. Aehnlich lautet die Bemerkung zum Entwurfe des Gesetzbuches Theil 1 S. 217ff. Allein an anderen Orten tauchen durchaus objektive Erwägungen auf. So in der Schlußrevision — Kamptz Jahrb. a. a. O. S. 121 — „die Natur der Sache, das von vorgefaßten Meinungen noch nicht verdorbene Gefühl und selbst das Interesse des Staates.“ Nicht solche mehr oder weniger äußerlichen Motivirungen können entscheiden, sondern die Gestaltung der Gesetzgebung selbst.

5) l. 1 § 6 D. de leg. III . . . vel dum eis datur, vel dum eis non adimitur . . .

einen Willen nicht haben, auf welchen diese Erbfolge mittelbar zurückgeführt werden könnte.[6]

Die preußische Gesetzgebung giebt dem Gegensatze der Berufungsgründe einen äußeren Ausdruck auch darin, daß sie die Erbfolge aus Testament und Vertrag zu den mittelbaren Erwerbsarten zählt, und neben Uebergabe und Erwerbsverträge stellt, während sie die gesetzliche Erbfolge dem unmittelbaren Erwerbe zuweist[7] und als einen Theil des Familienrechtes, als Folge von Verwandtschaft und Ehe behandelt.

§ 94. Verhältniß der Berufungsgründe.

I. Nach **römischer Rechtsauffassung** war jeder Erbe grundsätzlich zur dauernden Gesammtrepräsentation des Erblassers vom Tode desselben an berufen, nur eine Beschränkung auf Quoten durch Konkurrenz von Miterben war möglich. Der testamentarische Erbe aber konnte nur durch die Konkurrenz eines Testamentserben auf ein Quotenrecht beschränkt werden. Nach uraltem Rechtssatz war die Kombination verschiedener Berufungsgründe, die allerdings die Lage verwickelt und dem ungeschulten Denken des entscheidenden Richters schwer zu lösende Schwierigkeiten entgegenstellen kann, ausgeschlossen, wie der Rechtssatz besagte nemo in paganis pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.[1]

Wenn daher der Erblasser den einzigen in seinem Testamente ernannten Erben zugleich auf eine Quote oder eine Einzelsache beschränkte, so fiel demselben trotz anderen Willens des Erblassers die Gesammterbfolge nach Rechtsnothwendigkeit zu. Der Erblasser z. B., welcher drei Geschwister hinterließ und ein Kind eines derselben als Lieblingsneffen auf ein Viertel zu Erben einsetzte, schloß seine Geschwister aus und machte den Neffen zum Universalerben, wenn auch dieses Ergebniß seiner Absicht ganz fern gelegen hätte. Nach demselben Grundsatze war die Akkrescenz unter eingesetzten Miterben eine Rechtsnothwendigkeit, so daß die Portion des Ausfallenden auch gegen den Willen des Erblassers, wenn er einen Substituten nicht ernannt hatte, an die testamentarischen Miterben fiel.

Auf der gleichen Grundanschauung beruhte es, daß die Intestaterben erst berufen wurden, wenn es gewiß war, daß ein Testamentserbe nicht ein-

---

6) Vgl. die auf dem hier festgehaltenen Standpunkte stehenden Exkurse von Pfaff und Hofmann zum Kommentar des östr. b. G. B. Bd. 2 S. 2 ff.

7) Vgl. oben § 92 Anm. 7 und Bd. 1 § 226.

1) l. 7 D. de R. J. 50, 17. § 5 J. de her. inst 2, 14. Vgl. über diese Regel Dernburg Pand. Bd. 3 § 57 Ziff. 3.

treten konnte, so daß sie beispielsweise ausgeschlossen blieben, so lange die Bedingung einer Erbeseinsetzung schwebte.[2]

Wie wenig dies Alles dem Willen des Erblassers entsprach, erkannten die Römer selbst an beim Testamente des Soldaten, bei welchem sie jene Exklusivität fallen ließen, weil hier der Wille des Erblassers oberste Norm war.[3]

Auch wer annimmt, daß jene Sätze in das gemeine Recht übergingen, wird nicht leugnen, daß sie dem deutschen Rechtsbewußtsein fremd sind.[4] In einer vernünftigen Praxis wird man daher durch Interpretation des Testamentes, insbesondere durch Annahme einer stillschweigenden Berufung der Intestaterben oder wenigstens einer fideikommissarischen Substitution zu Gunsten der Intestaterben, dem Satze, wenn man ihn auch theoretisch festhält, im Einzelfalle die verletzende Härte zu nehmen wissen. Dagegen sind seit dem Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 die militärischen Testamente ihrem Inhalte nach nicht anders zu behandeln als die ordentlichen, so daß die römische Regel, soweit sie überhaupt noch praktische Geltung hat, seitdem auch bei ihnen zur Geltung kommen müßte. Allgemein wird zugestanden, daß gemeinrechtlich ein Erbvertrag über eine Quote der Erbschaft abgeschlossen werden kann, so daß hier die Intestaterbfolge mit einer willkürlichen Berufung durch den Erblasser konkurrirt.[5]

II. Nach preußischem Rechte[6][7] tritt die gesetzliche Erbfolge stets soweit ein, als sie nicht durch eine Verfügung des Erblassers von Todeswegen

---

2) Pr. J. de her. quae ab int. 3, 1 l. 8 C. communia de success. 6, 59 . . . testamentariae successionis spe durante intestato bona defuncti non recte vindicantur.

3) l. 6, l. 37 D. de test. milit. 29, 1.

4) Ob die Regel nemo pro parte in Deutschland recipirt sei, ist nicht unzweifelhaft. Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 79ff. spricht sich dagegen aus, vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 57 a. E. Aeltere Partikularrechte — vgl. Gruchot Erbrecht S. 377 — haben zum großen Theile den Satz aufgenommen. So auch Cod. Max. Bav. civ. Th. III, Kap. 3 § 9. Kreittmayr bemerkt hierzu: man verkennt nicht, daß dies eine bloße römische Subtilität sei, welche ausgemustert zu werden verdient hätte. Dem ohngeachtet läßt es unser Codex dabei bewenden, weil sich hieran nichts hätte reformiren lassen, ohne den langen Schweif, welcher daran hängt, gleichfalls mit wegzuschneiden. Dagegen Mainzer L. R. VIII, 19.

5) Anderer Ansicht ist freilich Hartmann Erbvertrag S. 63.

6) Schon das Projekt des corpus juris Fridericiani bestimmte p. II, lib. 7 tit. 4 art. I § 12: wir haben daher nöthig gefunden, diese ganze Regel aufzuheben und als beständiges Gesetz festzusetzen, daß, wenn der Testator Jemanden zum Erben in einem Theile der Erbschaft, in sextante, dodrante — ein anderes ist, wann es in certa re geschieht — einsetzt, das Testament und die Institution, soviel dessen Portion betrifft, subsistiren, die übrigen Portionen aber den Erben ab intestato anheimfallen sollen.

7) L. R. I, 12 § 45. „Er kann auch nur über einen Theil seines Nachlasses verordnen und es in Ansehung des Ueberrestes bei der gesetzlichen Erbfolge lassen." Vgl. Gans Beiträge S. 137, Koch S. 17.

ausgeschlossen ist. Sie kann daher mit der testamentarischen Berufung wie mit der vertragsmäßigen zusammen eintreten.[8] Denkbar wäre auch eine Konkurrenz sämmtlicher Berufungsgründe. Es ergiebt sich hiernach:

a) Ist im Testamente oder im Erbvertrage nur über Theile des Nachlasses verfügt und bleiben andere unvertheilt, so fallen die letzteren an die gesetzlichen Erben, äußerstenfalls an den Fiskus. Die testamentarischen oder vertragsmäßigen Erben können nie auf Quoten Anspruch erheben, welche der Erblasser nicht zum Gegenstande seiner Verfügung machte.

b) Es ist die Anwachsung eines ausfallenden Erbtheils an den zu einem anderen Theil berufenen testamentarischen Miterben nicht mehr wie nach römischem Rechte Rechtsnothwendigkeit.[9] Zwar gilt sie im Zweifel als Wille des Erblassers, wenn von mehreren in derselben Urkunde Ernannten nicht alle Erben wurden.[10] Allein der Testator kann den Zuwachs ausschließen, so daß das Ausfallende an die gesetzlichen Erben, äußerstenfalls an den Fiskus fällt.[11]

c) Der Erblasser kann ferner nach preußischem, im Gegensatze zum römischen Rechte,[12] nacheinander ab intestato und auf Grund eines Testamentes oder eines Erbvertrages beerbt werden. Insbesondere gilt die römische Regel nicht, daß die gesetzliche Erbschaft erst eröffnet wird, wenn es gewiß ist, daß Niemand aus einem Testamente Erbe werden kann.[13]

Nach römischem Rechte galt die Berufung aus einem Testamente auch in dem Sinne als grundsätzlich verschieden von der als Intestaterbe, daß es möglich war, die Berufung aus dem Testamente auszuschlagen und die Erbschaft ab intestato anzunehmen.[14] Nach preußischem Rechte dagegen kann,

---

8) Scheinbar steht allerdings entgegen L. R. I, 12 § 256 ff.: „Hat der Erblasser nicht über das Erbrecht selbst, sondern ausdrücklich nur über gewisse Stücke, Summen oder Antheile seines Nachlasses verordnet, so gelangt das Erbrecht auf die gesetzlichen Erben; die testamentarisch Honorirten sind, auch wenn sie Erben genannt werden, im Verhältniß gegen die Intestaterben immer nur als Legatarii zu betrachten. Der Nachdruck ist hier darauf zu legen, daß der Erblasser nicht über das Erbrecht selbst verfügen wollte, sondern nur über einzelne Gegenstände.

9) Das Projekt des corp. jur. Frid. part. II, lib. 7 tit. 4 art. I § 17 war weiter gegangen und hatte das Anwachsungsrecht der Testamentserben als Folge der Regel nemo pro parte testatus schlechthin aufgehoben, so daß die ausfallende Portion den Intestaterben anheimfallen sollte.

10) Vgl. L. R. I, 12 § 281.

11) L. R. I, 12 § 285. „Hat der Testator den Zuwachs ausdrücklich verboten, so fällt die erledigte Erbportion jedesmal an die Intestaterben."

12) Nach römischem Rechte war es unmöglich, daß qui semel heres exstitit, desinat heres ess l. 88 D. de her. inst. 28, 5, daher l. 34 D. eod.

13) Vgl. L. R. I, 12 § 478, dazu oben Anm. 2.

14) l. 17 § 1 D. de a. vel. o. her. 29, 2, si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem, sed si quasi legitimus repudiavit, si quidem scit se heredem institutum, credendus est utrumque repudiasse.

wer eine durch Erbvertrag oder Testament angetragene Erbschaft ablehnt, auch nicht als Intestaterbe erwerben.[15] Entsagt jedoch jemand einer durch Testament ihm angetragenen Erbschaft, so verliert er hierdurch nicht sein durch Vertrag erworbenes Erbrecht.[16]

§ 95. Eröffnung der Erbschaft.

1. Nach heutigem, insbesondere nach preußischem Rechte hat jeder Mensch die Fähigkeit, beerbt zu werden.[1]

Beerbt werden kann auch, wer vermögenslos, namentlich auch, wer während eines Konkursverfahrens verstirbt.[2] Auch solche Erbschaft vererbt sich nach preußischem Rechte. Möglich ist aber stets, daß Niemand die eröffnete Erbschaft übernimmt, sei es wegen ihrer Werthlosigkeit, sei es aus anderen Gründen.

2. Juristische Personen werden im Falle ihres Erlöschens nicht eigentlich beerbt. Ihr Vermögen fällt an diejenigen, welche nach besonderen Gesetzen, Statuten oder gültigen Beschlüssen auf dasselbe Anrecht haben, in Ermangelung solcher Berechtigten an den Fiskus.[3] Man muß aber die Grundsätze über erblose Verlassenschaften auf diesen Erwerb des Fiskus entsprechend anwenden, so namentlich auch bezüglich der Inventarerrichtung.[4]

3. Die Erbschaft eröffnet sich mit dem Tode des Erblassers[5] oder doch mit der Rechtskraft seiner Todeserklärung. Nur bei Mönchen und Nonnen findet sich eine Ausnahme, da sie von der Aufnahme in das Kloster an als bürgerlich todt gelten.[6]

Bis zum Tode des Erblassers haben daher dessen dereinstige Erben nur eine Aussicht auf Beerbung: hereditas viventis non datur. Es gilt dies

---

15) L. R. I, 9 §§ 401. 406, I, 12 §§ 641. 642.

16) L. R. I, 9 § 405. Koch Erbrecht S. 155.

1) Nach römischem Rechte konnten Sklaven und Peregrinen nicht beerbt werden, vgl. u. A. l. 3 § 1 D. de V. S. 50, 16: ejus qui apud hostes decessit, dici hereditas non potest quia servus decessit. Auch nach älterem deutschen Rechte gab es Personen, die eine Erbschaft nicht hinterlassen konnten.

2) l. 119 D. de V. S. 50, 16. Hereditatis appellatio sine dubio continet etiam damnosam hereditatem.

3) L. R. II, 6 § 192.

4) Nur mit solcher Einschränkung ist L. R. II, 6 § 201 zu verstehen. Vgl. oben Bd. 1 § 56 Anm. 5.

5) l. 1 D. de her. vel a. vend. 18, 4: si hereditas venierit ejus, qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit, quod venierit. l. 27 D. de a. vel o. her. 29, 2. Die Vergabung von Todeswegen nach älterem deutschen Rechte — oben § 91 Anm. 6 — beruhte auf einer entgegengesetzten Ansicht, die Rechtswirkung derselben trat sogleich ein, nur die Durchführung war vom Tode des Uebertragenden abhängig.

6) Vgl. oben Bd. 1 § 40 Anm. 3 bis 5, siehe jetzt auch Kam. Ger. Bd. 13 S. 70.

selbst für Vertragserben, wenn auch der Erblasser ihnen diese Aussicht nicht mehr entziehen kann.[7] Gesetze, welche die gesetzliche Erbfolge abweichend von früheren Normen regeln, finden daher grundsätzlich Anwendung auf alle Erbschaften von Personen, die seit Inkrafttreten des neuen Gesetzes versterben, auch wenn sie naheliegende Erwartungen der bisherigen vermuthlichen Erben zerstören.[8][9] Arrestatorische Maßregeln ferner der Gläubiger dereinstiger Erben auf die denselben künftig zufallende Erbschaft sind bei Lebzeiten des Erblassers unzulässig.

Im Falle einer Ehescheidung haben jedoch die Kinder aus der getrennten Ehe gegenüber dem Schuldigen der Eltern, falls derselbe zu verschwenden anfängt, einen sofortigen Anspruch auf Aussetzung eines Pflichttheiles von derselben Höhe, wie wenn die Ehe durch Tod getrennt wäre.[10]

4. Wer eine Erbfolge behauptet, hat den Tod des Erblassers zu beweisen. Todesfälle, die sich innerhalb des deutschen Reiches seit Inkrafttreten des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 ereignet haben, werden Seitens des Staates ausschließlich durch die Standesbeamten mittels Eintragung in die dazu bestimmten Register beurkundet.[11] Der Gegenbeweis gegen deren Angaben ist nicht ausgeschlossen.[12] Andere Beweismittel, insbesondere Zeugen, Eid, Vermuthungen[13] sind zulässig.

7) Vgl. unten § 175 Anm. 3 ff.

8) Daher bestimmte das Publikationspatent zum L. R. vom 5. Februar 1794 § 13, daß, wenn der Erbfall sich vor dem 1. Juni 1794 ereigne, nach den bisherigen Gesetzen, späterhin aber nach dem Landrechte zu urtheilen sei. Bezüglich des Erbrechtes der Eheleute macht jedoch § 14 einen später zu besprechenden Vorbehalt. So auch die späteren Publikationspatente.

9) Fraglich ist, nach welchem Rechte die Verwandtschaft zu bemessen ist, wenn die Gesetzgebung über dieselbe vor dem Anfall der Erbschaft geändert wurde, so namentlich bezüglich der Verwandtschaft der unehelichen Personen zu den Verwandten der Mutter. Man muß sich im Allgemeinen dahin entscheiden, daß die verwandtschaftliche Beziehung als s. g. wohlerworbenes Statusrecht durch Aenderung der Gesetzgebung nicht berührt wird. Wenn aber — z. B. durch ein neues bürgerliches Gesetzbuch — die gesetzliche Erbfolge und die Verwandtschaft zugleich neu bestimmt werden, so ist davon auszugehen, daß das Gesetzbuch ab intestato nur diejenigen als Verwandte beruft, die es selbst als Verwandte bezeichnete, daß also solche Personen, die nach seinen Normen zu den Verwandten nicht gehören, nicht berufen sind, auch wenn sie nach älterem Rechte als Verwandte gelten müssen. Vgl. R. G. Bd. 2 S. 354 in einem badischen Falle.

10) L. R. II, 2 § 457 ff., siehe unten § 211.

11) Preußisches Gesetz vom 9. März 1874 § 1, Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 1. Ueber die Sterbefälle siehe daselbst § 56 ff., über Sterbefälle auf der See § 61 ff. Durch § 85 des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 wurden die Bestimmungen des Gesetzes vom 4. Mai 1870, betreffend die Eheschließung und die Beurkundung des Personenstandes von Reichsangehörigen im Auslande, ausdrücklich erhalten. Nach demselben § kann der Reichskanzler Vertretern des Reiches im Auslande die Befugnisse der Standesbeamten wie für Reichsangehörige, so auch für Schutzgenossen zutheilen.

12) Gesetz vom 9. März 1874 § 11, Reichsgesetz § 15. Vgl. oben Bd. 1 § 41 Anm. 16.

13) Z. B. der in ein Bergwerk Eingefahrene kam nach einer Verschüttung nicht wieder zum Vorschein, siehe oben Bd. 1 § 41 bei Anm. 17.

5. Der Nachweis des Todes oder des Zeitpunktes seines Eintrittes wird ersetzt durch die rechtskräftige richterliche Todeserklärung wegen Verschollenheit.[14]

6. Auch die Zeit des Todes kann von rechtlicher Erheblichkeit werden und ist dann von demjenigen zu beweisen, welcher ein Erbrecht auf dieselbe gründet.[15]

§ 96. Vererbliche Rechte.

I. Den Gegenstand der Beerbung bildet das Vermögen des Erblassers.[1] Doch nicht richtig ist die vielverbreitete Ansicht, daß die Vermögensrechte den ausschließlichen Gegenstand des Erbrechts bilden.

Das wichtigste öffentliche Recht wird vererbt. Die preußische Krone, und hiermit die Würde des deutschen Kaisers, ist gemäß den königlichen Hausgesetzen erblich in dem Mannesstamme des königlichen Hauses nach dem Rechte der Erstgeburt und der agnatischen Linealfolge.[2] Zur Mitgliedschaft des preußischen Herrenhauses ferner sind bestimmte Personen erblich berechtigt.[3] Vererblich kann auch das Kirchenpatronatrecht sein.[4] Die Erbfolge in öffentliche Rechte unterliegt zwar ihren eigenen Regeln, und ist an die Nachfolge in das Vermögen des Verstorbenen nicht schlechthin geknüpft. Das Grundwesen des Erbrechtes, wonach ein Recht des Verstorbenen mit dessen Tode auf den Lebenden übergeht, besteht aber auch hier.[5] Der Regel des heutigen Rechtes nach sind öffentliche Befugnisse, Aemter und Auszeichnungen freilich nicht vererblich, insbesondere gilt dies für Ordensverleihungen. Daher müssen

14) Ueber den Augenblick, von dem ab der Tod angenommen wird, siehe oben Bd. 1 § 44 bei Anm. 6.

15) L. R. I, § 39 Bd. 1 § 42.

1) L. R. I, 2 § 34 bezeichnet als Verlassenschaft den Inbegriff der Sachen und Rechte des Verstorbenen, in L. R. I, 9 § 350 ist als zugehörig auch der Verbindlichkeiten gedacht; vgl. Cicero Topica c. 6 § 29 hereditas est pecunia, quae morte alicujus pervenit jure, l. 222 D. de V. S. 50, 16.

2) Art. 53 der Verfassungsurkunde vom 31. Januar 1850, deutsche Reichsverfassung Art. 11.

3) Verordnung wegen Bildung der ersten Kammer vom 12. Oktober 1854 § 2.

4) L. R. II, 11 § 578.

5) Anderer Ansicht Unger östr. Erbrecht § 1 Anm. 3, Köppen Erbrecht S. 171. Das Gesetz selbst bezeichnet die bezüglichen Successionen als Beerbungsfälle, und es ist willkürlich, an Stelle dieser gesetzlichen Konstruktion, die bei der Bedeutung der bezüglichen Erbfälle offenbar mit Ueberlegung gewählt ist und an die sich wichtige Folgen knüpfen können, eine beliebige andere zu setzen. Die Fälle sind auch keineswegs, wie die Gegner vermeinen, identisch mit dem in l. 16 § 1 D. de tut. 26, 1 Beurtheilten, denn der nächste Agnat kam zur Tutel nach dem Wegfall des näheren Agnaten kraft eigenen Rechtes, ohne alle Rücksicht darauf, in welcher Beziehung er zu dem früher verstorbenen Agnatenvormund stand und nur in Folge seines Verwandtschaftsverhältnisses zum Mündel.

auch die als deren äußere Zeichen verliehenen Insignien mit dem Tode des Inhabers zurückgestellt werden.[6]

Auch gewisse Personenrechte gehen nach preußischem Recht auf die Erben über.[7] Es sind insbesondere die Erben befugt, die Legitimität eines von der Frau ihres Erblassers innerhalb der kritischen Zeit geborenen und in Folge dessen nach gesetzlicher Vermuthung ehelichen Kindes an Statt des Erblassers anzufechten, ebenso unter gewissen Voraussetzungen die Nichtigkeit einer Ehe des Verstorbenen zur Geltung zu bringen.[8] Obgleich sich an diese Anfechtung in der Regel Vermögensansprüche knüpfen werden, so ist dies doch nicht Voraussetzung der Anfechtung.

II. Hiernach wird nicht in Frage gestellt, daß sich das Erbrecht vorzugsweise auf das Vermögen des Erblassers bezieht und daß seine Rechtssätze vor Allem dessen Vererbung berücksichtigen. Die Vererblichkeit der Vermögensrechte ist die Regel, während die von anderen Rechten etwas außergewöhnliches ist. Unvererbliche, s. g. höchstpersönliche, Vermögensrechte bilden eine Ausnahme, die in dem besonderen Wesen der fraglichen Rechtsverhältnisse oder in einem besonderen Parteiwillen ihren Grund haben muß. Nicht zutreffend ist hierbei der von der mittelalterlichen Jurisprudenz gelehrte Satz, daß alle diejenigen Rechte unvererblich seien, welche unter Lebenden unveräußerlich sind,[9] doch werden nicht selten Unvererblichkeit und Unveräußerlichkeit zusammentreffen. Wahlrechte, welche einen Vermögenswerth haben, gehen in der Regel auf die Erben des Wahlberechtigten über.[10] Es überträgt sich auch das Recht des Wechselnehmers, einen nicht ausgefüllten acceptirten oder unterschriebenen Wechsel der Vereinbarung gemäß zu ergänzen,

---

6) Ordensinsignien, inländische wie ausländische, sind an die Generalordenskommission einzusenden, nur die mit Diamanten versehenen Ordensdekorationen sind nicht zurückzustellen. Vgl. die bei Rönne Ergänzungen zu L. R. I, 9 § 353 Bd. 1 S. 398 angeführten Verordnungen. Auch sind nicht zurückzustellen verliehene Medaillen, z. B. die von König Friedrich Wilhelm IV. gestiftete goldene Medaille für hervorragende Verdienste um die Industrie des Landes.

7) Das Obertribunal hatte angenommen, daß die einmal angestellte Privatklage wegen Injurien auf die Erben des Beleidigten übergehe. So Entsch. Bd. 55 S. 79*, ferner Striethorst Archiv Bd. 86 S. 140. Es bestimmt nunmehr aber die Reichsstrafprozeßordnung im § 433, daß der Tod des Privatklägers die Einstellung des Verfahrens zur Folge hat und daß nur Eltern, Kinder und Ehegatten des Verstorbenen das Verfahren unter gewissen Voraussetzungen fortsetzen können. Vgl. Strafgesetzbuch § 189. Unvererblich ist das Recht zur Stellung eines Strafantrages R. G. in Strafsachen Bd. 11 S. 55.

8) L. R. II, 2 §§ 14. 15. 20, II, 1 § 43, vgl. oben § 43 Ziff. 1 und 2, § 13 a. E., § 8 Anm. 7.

9) Man bildete seit der Glosse den Satz: quae non sunt transmissibilia ad heredes, cessione non transeunt, und schloß von der Unvererblichkeit auf die Cessibilität und umgekehrt. Vgl. hiergegen Mühlenbruch Cession S. 254 ff. R. G. Bd. 10 S. 222.

10) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 37 S. 134.

auf seine Erben,[11] da diese Befugniß keineswegs bloß einen widerruflichen Auftrag bildet und da auch nicht unterstellt werden kann, daß sie dem Nehmer nur für seine Person zugestanden werden sollte. Unvererblich sind aber folgende Vermögensrechte:

1. Nutzungsrechte, welche bloß der Person des Berechtigten zu Gute kommen sollten,[12] also in der Regel Nießbrauch, Altentheil, Wohnungsrechte, ferner die Ansprüche auf Einräumung solcher Rechte, sowie Ansprüche auf Alimente und lebenslängliche Renten. Forderungen auf rückständige Leistungen aus solchen Rechten können vererblich sein.

Als unvererblich gelten ferner in der Regel Vorkaufs- und Wiederkaufsrechte auf unbestimmte Zeit, welche auf Vereinbarung beruhen.[13]

Der Anspruch auf Buße kann Seitens der Erben des Verletzten nicht erhoben, noch auch weiter betrieben werden.[14] Der Anspruch auf die rechtskräftig zuerkannte Buße geht auf die Erben des Verletzten über.

2. Zu den unvererblichen Verbindlichkeiten des Erblassers gehören ferner alle diejenigen, bei welchen es auf eine höchstpersönliche Leistung des Verpflichteten ankommt[15] Als solche ist anzusehen die Verpflichtung desjenigen, welcher sich einer Verletzung oder Beschädigung schuldig machte, zur Leistung einer Strafe. Daß sich dies aber nicht auf Entschädigungsansprüche, namentlich nicht auf Schmerzengelder bezieht, wurde früher ausgeführt.[16] Auch Konventionalstrafen sind nicht betroffen, da der Vertrag ihre Grundlage ist.[17]

Ist Jemand auf Leistung einer Strafe verklagt, so gewinnt der Anspruch nicht, wie nach römischem Recht Vererblichkeit mit dem Prozeßbeginn,[18] sondern erst nach der rechtskräftigen Verurtheilung.[19] Andere Grundsätze gelten für die strafrechtliche Konfiskation der Sachen, welche durch ein vorsätzliches Verbrechen oder Vergehen hervorgebracht oder zur Begehung eines vorsätzlichen Verbrechens oder Vergehens gebraucht oder bestimmt sind. Nach älteren Bestimmungen verfiel der bezügliche Gegenstand unmittelbar mit der

---

11) Vgl. oben Bd. 2 § 267 Anm. 12.

12) L. R. Einl. § 102, vgl. l. 3 § 3 D. q. m. u. a. 7, 4 . . . quum jus fruendi morte extinguatur, sicuti si quid aliud, quod personae cohaeret.

13) L. R. I, 11 § 316, I, 20 § 596. Näheres oben Bd. 1 § 380 bei Anm. 17.

14) Reichsstrafprozeßordnung § 444 Abs. 4, oben Bd. 2 § 79 Anm. 11.

15) L. R. I, 5 § 416 ff. Vgl. oben Bd. 2 § 102 Abs. 1.

16) Vgl. oben Bd. 2 § 296 Anm. 8.

17) L. R. I, 9 § 366.

18) Für das römische Recht galt der Satz l. 139 D. de R. J. 50, 17: omnes actiones, quae morte aut tempore pereunt, semel inclusae judicio salvae permanent. Es gingen daher Strafklagen, ja selbst s. g. actiones populares, vom Augenblick der Litiskontestation mit dem Straffälligen an auf die Erben über und zwar aktiv und passiv. l. 26 D. de obl. et act. 44, 7. l. 13 pr. D. de injuriis 47, 10.

19) Oben Bd. 1 § 130 Anm. 10.

verbrecherischen That dem Fiskus. Er war daher dem Fiskus aus dem Nachlaß des Straffälligen auch dann zu verabfolgen, wenn derselbe vor dem Strafurtheil, ja vor der Eröffnung des Verfahrens verstarb.[20] Nach dem deutschen Strafgesetzbuch[21] und den meisten neueren Strafgesetzen geht das Eigenthum erst in Folge des Straferkenntnisses mit der Einziehung auf den Fiskus über, d. h. mit der rechtskräftigen Verurtheilung zur Einziehung und der Besitzergreifung der Sache durch den Fiskus.[22] Indessen kann auf Einziehung auch erkannt werden, wenn die Verfolgung oder die Verurtheilung einer bestimmten Person nicht ausführbar ist, also namentlich auch, wenn sie bereits verstarb.[23] Offenbar ruht also auch nach jetzigem Recht unmittelbar mit der That auf der Sache die dingliche Last, daß sie der Einziehung unterliegt, eine Last, welche namentlich auch die Erben des Straffälligen trifft.

3. Mit dem Tode eines Betheiligten hören gewisse Rechtsverhältnisse, aus denen sich fortlaufende Verbindlichkeiten entwickeln, ohne weiteres auf oder werden wenigstens aufkündbar, worüber an seinem Orte das Nähere bemerkt ist; so unter gewissen Voraussetzungen Gesellschaft, Mandat, Miethe und Pacht. Die aus diesen Verhältnissen bereits entsprungenen Rechte und Verbindlichkeiten aber gehen auf die Erben über.[24]

4. Der Besitz erlischt nach der herrschenden Ansicht mit dem Tode des Besitzers.[25] Dem Erblasser bereits erworbene Besitzesklagen übertragen sich dagegen auf dessen Erben.

5. Nicht als Eigenthum des Erblassers, und um deswillen als unvererblich werden nach besonderer Bestimmung angesehen die in dem Nachlasse eines Civil- oder Militärbeamten sich vorfindenden Sammlungen, Abschriften oder Zeichnungen, welche sich auf seine besondere Dienststellung oder den Staatsdienst im Allgemeinen beziehen und deren Anfertigung ihm nur vermöge seiner dienstlichen Stellung möglich war.[26]

---

20) L. R. I, 9 § 364, vgl. L. R. II, 20 § 285.

21) Deutsches Strafgesetzbuch § 40, Gesetz betreffend den Forstdiebstahl vom 15. April 1878 §§ 15. 17. Reichsgesetz vom 14. Mai 1879, betr. die Verfälschung von Nahrungsmitteln § 15. Nach dem Vereinszollgesetz § 156 geht das Eigenthum der unter Verletzung des Gesetzes eingeführten Waaren bereits mit der Beschlagnahme auf den Fiskus über.

22) R. G. in Strafsachen Bd. 21 S. 54. Vgl. Nissen die Einziehung in den Straßburger Festgaben für Planck 1887. Mandry Civilinhalt der Reichsgesetze S. 357 ff. nimmt Eigenthumsübergang von dem Augenblick der Rechtskraft des Erkenntnisses an. Dies ist nur dann richtig, wenn, was allerdings sehr häufig der Fall sein wird, die Sache bereits vor dem Urtheil in Beschlag genommen ist.

23) Reichsstrafgesetzbuch § 42. — R. G. in Strafsachen Bd. 8 S. 238.

24) Oben Bd. 2 § 102 Abs. 2.

25) Vgl. oben Bd. 1 § 155 Anm. 13.

26) Reskript vom 8. Juli 1822 in v. Kamptz Jahrb. Bd. 20 S. 44.

III. Einer eigenartigen Vererblichkeit unterliegen die vererblichen Rechte auf Kirchenstühle und Erbbegräbnisse.[27] Obgleich diese Rechte einen Vermögenswerth haben und sich zu dinglichen Rechten an fremder Sache — entsprechend einer Superficies — gestalten, so sind ihre Zwecke doch keine vermögensrechtlichen.[28] Sie vererben sich in der Regel auch nicht auf die Erben als solche. Kirchenstühle, welche nach besonderen Verfassungen gewissen Personen oder Familien erblich zugestehen, gehen vielmehr von Todeswegen in der Regel nur auf die Nachkommen der Inhaber über, wobei an sich nicht zwischen Abkömmlingen durch den Mannesstamm oder den Weiberstamm unterschieden wird.[29] Dem Inhaber des Rechtes ist eine letztwillige Bestimmung über sie nur in dem Sinne gestattet, daß er die Nutzung gewissen Nachkommen vor anderen zuweist. Auch die s. g. Erbbegräbnisse[30] sind im Zweifel als Familienbegräbnisse zu erachten.[31] Sie geben nur das Recht, daß der erste Erwerber und dessen Nachkommen, sowie die Ehegatten dieser Personen dort bestattet werden. Ein Anspruch fremder Erben besteht nur dann an derselben, wenn sich die Verleihung ausdrücklich auch auf sie erstreckte.

§ 97. Der Nachlaß als Einheit.

I. Dem älteren deutschen Recht war der Gedanke fremd, daß der Nachlaß des Erblassers eine Einheit bilde, welche der Erbe als allgemeiner Rechtsnachfolger — Universalsuccessor — des Erblassers allseitig zu vertreten habe. Das deutsche gesetzliche Erbrecht zerfällte vielmehr das Vermögen des Verstorbenen in verschiedene Massen, welche je nach ihren Eigenschaften verschiedenen Personen zufielen. Mit diesen Massen vererbten sich auch die auf sie bezüglichen Forderungen und Schulden, der Erbe der Hauptmasse seinerseits hatte die Schulden, welche nicht besondere Massen belasteten, nur aus dem ihm Hinterlassenen, nach dem Sachsenspiegel sogar nur aus der Fahrniß zu tragen.[1] Die Testamente pflegten in Deutschland, als sie zur Anerkennung gelangten, anfänglich nur einzelne Vergabungen zu treffen, kamen also für die Repräsentation des Erblassers ursprünglich nicht in Betracht.

27) Wittken bei Gruchot Bd. 26 S. 666. Vgl. auch oben Bd. 1 § 67 Anm. 16.

28) Köppen Erbrecht S. 198 zieht die bezüglichen Rechte zu den familienrechtlichen.

29) L. R. II, 11 §§ 681 ff.

30) Die Römer unterscheiden folgender Art: l. 5 D. de rel. 11, 7: familiaria sepulcra dicuntur, quae quis sibi familiaequae suae constituit, hereditaria autem quae quis sibi heredibusque suis constituit; der neuere Sprachgebrauch pflegt unterschiedlos von Erbbegräbnissen zu reden, auch wo Familienbegräbnisse gemeint sind.

31) Entsch. des O. Tr. Bd. 73 S. 66, auch Gruchot Bd. 19 S. 532 ff. Daher ist L. R. II, 11 § 185 von „erblichen Familienbegräbnissen" die Rede, nicht entgegen ist § 461 daselbst.

1) Sachsenspiegel I, 24 § 4, vgl. Stobbe in Bekker's Jahrb. Bd. 5 S. 318. W. Lewis die Succession des Erben in die Obligation des Erblassers, 1864.

II. In entschiedenem Gegensatz zu dieser Zersplitterung des Nachlasses standen die sinnreichen Konstruktionen des römischen Rechtes, wonach die Gesammtheit des Vermögens des Erblassers auf den Erben überging.[2] Das Vermögen des Erblassers galt demnach auch nach dessen Tode, so lange die Erbschaft einen Erben noch nicht gefunden hatte, als eine einheitliche Größe. Eine derartige ruhende Erbschaft vertrat der Idee nach während dieser Zwischenzeit die Person des Erblassers; Erwerbs- und Verpflichtungsverhältnisse wurden nach dessen Person beurtheilt, wie wenn er noch lebte.[3] Mit dem Erwerb der Erbschaft durch den Erben trat, ohne daß das bisher Begründete dadurch berührt wurde, eine andere Vorstellung an die Stelle. Die Persönlichkeit des Erblassers ging nunmehr auf in der des Erben.[4] Das Vermögen des Erblassers und des Erben bildete in Folge dessen eine neue Einheit, so daß bisher bestehende gegenseitige Ansprüche erloschen und der Regel nach Verpflichtungen des Erben und des Erblassers nicht mehr unterschieden wurden.

III. Das neuere Recht schließt sich überwiegend an das römische an. Es theilt den Gedanken der Universalsuccession des Erben. Derselbe hat aber doch eine eigenthümliche Färbung gewonnen, wozu das justinianische Recht schon Anhaltspunkte bot. Das Vermögen des Erblassers gilt als Einheit — als Inbegriff[5] — nicht bloß, wie nach römischem Recht, bis zum Erwerb und im Erwerb; es bildet vielmehr eine besondere und selbständige Gesammtheit auch nach dem Erwerb durch den Erben bis zur Abwickelung der vom Erblasser herstammenden und zu ordnenden Rechtsverhältnisse.[6] Das ererbte Vermögen hat diese besondere Rechtsstellung unbeschadet dessen, daß der Erbe bereits Eigenthümer und Inhaber des Inbegriffes der Erbschaft geworden ist. Am bestimmtesten tritt diese Behandlung hervor, wenn der Erbe unter dem Vorbehalt des Inventars erwarb, desgleichen im Fall des Konkurses über den Nachlaß. Als selbständige Größe wird weiter der Nachlaß behandelt, falls

2) Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus defuncti, l. 24 D. de V. S. 50, 16.

3) l. 31 § 1 D. de her. inst. 28, 5 l. 34 D. de a. rer. dom. 41, 1. Hereditas non heredis personam, sed defuncti sustinet. Die Meinungen der Neueren über die Bedeutung und Tragweite dieser Konstruktion sind freilich sehr getheilt.

4) l. 22 D. de usurp. 41, 3: heres et hereditas, tametsi duas appellationes recipiunt, unius personae tamen vice funguntur, nov. 48 praef. äußert in echt römischem Sinne: unam quodammodo esse personam heredis et ejus qui in eum transmittit hereditatem. Ueber die verschiedenen Ansichten der Neueren vgl. Windscheid Bd. 3 § 528 Anm. 7 und die dort Angeführten.

5) L. R. I, 2 § 34.

6) Manche romanistische Schriftsteller, so namentlich Puchta Pand. §§ 446. 447 erachten, daß der Erbe auch nach römischer Vorstellung die Persönlichkeit des Erblassers in sich trage, daß sie im Erben fortlebe. Allein diese Ansicht stimmt nicht mit der absoluten Konfusion der Vermögen nach den Principien des römischen Rechtes.

er Miterben zugefallen ist, mindestens bis zur Theilung.[7] Endlich erscheint auch im Falle der Anordnung einer Nachlaßpflege, oder einer Testamentsvollstreckung der Nachlaß als eine selbständige, die Person des Erblassers in sich tragende Gesammtheit, welche noch nicht in dem Vermögen des Erben aufgegangen ist.

§ 98. Sondererbfolge.[1]

Für die aus dem älteren deutschen Rechte stammende, hier und da statutarisch erhaltene[2] Sondererbfolge in Heergeräthe, Gerade und Niftel wurden im Landrechte subsidiäre Bestimmungen getroffen. Dieselben verfolgten die Tendenz, jene Erbfolge auf ein geringes Maß zurückzuführen.[3]

1. Heergeräthe verläßt nur eine Person männlichen Geschlechts dem nächsten Anverwandten von männlicher Seite. Das Heergeräthe, ursprünglich Pferd, Schwert und Kriegskleid, ist nach Landrecht bloß das beste Pferd, wozu noch außer dem gewöhnlich gebrauchten Degen des Erblassers ein Anzug, ein Gebett Betten, ein Tischgedeck dürftiger Art kommen.[4] Auch die Uniformstücke eines aktiven Militärs sind Heergeräthe. Das Heergeräth soll dem nächsten Agnaten, unter gleich nahen dem im Militärdienst Stehenden, sonst dem Aeltesten zufallen; Personen geistlichen Standes erben und vererben kein Heergeräth.

2. Die Gerade zerfällt in die volle oder Wittwengerade und in die Niftelgerade beschränkteren Inhalts, von der näher zu reden ist. Die Niftelgerade begreift weibliche Kleidungsstücke und Wäsche, Geräthe und Kostbarkeiten zu weiblichem Gebrauch. Weitergehende ortsrechtliche Bestimmungen sollen eng auszulegen sein. Die Niftelgerade steht zu Weibern, welche durch Weiber mit der Erblasserin verwandt sind. Die Nähe des Grades entscheidet, uneheliche Descendentinnen stehen den ehelichen nach, gehen aber den Seitenverwandten vor. Gleichgradige Verwandte theilen die Niftelgerade.

---

7) Die Rechtfertigung und Begründung ergiebt die Ausführung unten § 237 ff. Vgl. etwa schon jetzt R. C. P. O. § 28 a. E.

1) Witte Intestatrecht S. 215 ff.

2) Die Erbfolge in Heergeräthe und Gerade beruhte vorzugsweise auf dem sächsischen, insbesondere dem Magdeburgischen Rechte. Für die mit den Preußischen Staaten vereinigten, ehemals sächsischen Landestheile wurde die durch die Verordnung vom 24. Mai 1814 erfolgte Aufhebung dieser Erbfolgen durch den § 10 des Publikationspatents vom 15. November 1816 bestätigt. Für den rechts der Elbe belegenen Theil der Provinz Sachsen — vgl. Voigtel bei Gruchot Bd. 12 S. 390 ff. — wurden diese Arten der Erbfolge beseitigt durch Gesetz vom 22. Mai 1874, betr. die Aufhebung der gesetzlichen Erbfolge nach der Magdeburger Polizeiordnung. Heute bestehen jene Erbfolgearten nur noch in wenigen Gebieten des Staates. Nach Neubauer Justizministerialblatt Jahrgang 1879 S. 36 kommen sie noch vor in den Städten Stettin, Pölitz, Pyritz, Damm und Pasewalk.

3) L. R. II, 1 § 502 ff.

4) L. R. II, 1 § 523.

3. Heergeräthe und Gerade begründen eine Sondererbfolge. Die Empfänger können, wenn der übrige Nachlaß zur Tilgung der Schulden nicht ausreicht, zur verhältnißmäßigen Theilnahme an den Schulden nur wie Vermächtnißnehmer genöthigt werden.

4. Diese Erbfolgearten können durch letztwillige Verfügungen nicht ausgeschlossen werden, wohl aber läßt sich ihr Eintreten thatsächlich verhindern durch Geschäfte unter Lebenden, insbesondere durch Verkäufe, welchen nach positiver Bestimmung die Einrede der Simulation nicht entgegengestellt werden kann. Die Erbfolge solcher Art vollzieht sich nach Landrecht nicht von selbst, die betreffenden Sachen müssen vielmehr innerhalb eines Jahres in Anspruch genommen werden.

5. Ursprünglich trennten sich Heergeräthe und Niftelgerade endgültig vom übrigen Nachlaß, so daß in Ermangelung von Personen, welchen Heergeräthe, Gerade und Niftel zufiel, der Fiskus eintrat. Dieses fiskalische Recht hat eine Verordnung vom 21. Juni 1805[5] jedoch beseitigt, so daß sich nunmehr das Recht der Erben eventuell auch auf diese Sondermassen erstreckt.

6. Den dargestellten Arten der Erbfolge ist ähnlich, daß nach gemeinem preußischen Rechte der überlebende Ehegatte, welcher neben Ascendenten und Seitenverwandten des Erblassers erbt, das dem gewöhnlichen Gebrauch der Ehegatten dienende Bett- und Tischzeug, Möbel und Hausrath als Voraus erhält.[6] Indessen liegt hier nur ein gesetzliches Vermächtniß, nicht Erbfolge in ein Vermögen vor, das sich von der Gesammtmasse loslöst.

7. Dagegen tritt Sondererbfolge ein in Lehen und Fideikommisse,[7] sowie in Erbbegräbnisse und Kirchenstühle.[8]

§ 99. Der Erbschaftserwerb.

I. Nach römischem Recht fiel bekanntlich die Berufung, d. h. die Eröffnung des Rechtes die Erbschaft anzutreten, und der Erwerb der Erbschaft bei den heredes extranei oder voluntarii d. h. den Nichtgewaltuntergebenen des Erblassers auseinander.[1] Der Erwerb geschah durch Willensentschluß, welchen der Berufene persönlich fassen und erklären mußte.[2] Verstarb er vor dieser Erklärung, so war grundsätzlich die Berufung erledigt; doch gab es seit der Kaiserzeit und vor Allem im justinianischen Recht zahlreiche Ausnahmefälle, in welchen Erben oder Verwandte des Berufenen, wenn dieser den Tod

5) Abgedruckt bei Rönne zu L. R. II, 1 § 502.
6) L. R. II, 1 §§ 628. 629.
7) L. R. II, 1 § 501, oben Bd. 1 § 365 ff. und § 374 ff.
8) Vgl. oben § 96 Ziff. III.
1) l. 151 D. de V. S. 50, 16.
2) § 7 J. de hered. qualitate 2, 19.

des Erblassers überlebt hatte, noch statt des Berufenen den Entschluß des Antritts erklären konnten, s. g. Transmissionsfälle. Ein verschiedenes System kam zur Anwendung, wenn der Erblasser Personen, die in seiner Gewalt gestanden hatten, seine Erbschaft, sei es ex testamento, sei es ab intestato hinterließ. Solche Personen, die sui und necessarii, wurden ohne Willensentschluß — ipso jure — Erben mit dem Augenblick der Eröffnung der Erbschaft für sie. Sie konnten nach Civilrecht diesem Anfall nicht entgehen, noch ihm entsagen. Doch gab ihnen der Prätor das jus abstinendi, so daß sie behandelt wurden, als wären sie nicht Erben geworden, wenn sie sich der Einmischung in die Erbschaft vollständig enthielten.[3]

Von anderen Auffassungen ging das deutsche Recht aus. Mit dem Augenblick des Todes des Erblassers erlangten hiernach dessen gesetzliche Erben von selbst die Gewere des Nachlasses. Nur ausdrückliche Entsagung konnte die hieraus sich ergebenden Rechte und Pflichten aufheben.[4] Auch nach der Reception des römischen Rechtes erhielt sich diese Weise des Erbschaftserwerbes vielfach partikularrechtlich, wenn auch in modificirter Gestalt. So namentlich in den Ländern des sächsischen Rechtes.[5]

Für die Mark Brandenburg bestimmte die Kammergerichtsordnung vom 1. März 1709[6] im Anschluß hieran, daß der zur Erbschaft Berufene, wenn er binnen 6 Monaten nach dem Tode des Erblassers nicht ausschlug, als Erbe erachtet werden solle, und zwar persönlich haftend, falls er nicht in jener Frist ein Inventar errichtet habe. Doch änderte dies Letztere das Erbschaftsedikt vom 30. April 1765,[7] indem der Erbe der Rechtswohlthat des Inventars nur auf Antrag der Gläubiger durch Urtel und Recht verlustig gehen sollte.

II. Das Landrecht kehrte im Interesse der Erbschaftsgläubiger im Wesentlichen zu dem früheren märkischen Rechte zurück.[8]

Demnach tritt der Erwerb der Erbschaft mit dem Tode des Erblassers sofort auch ohne Wissen und Willen des Erben ein.[9] Entsagung steht ihm nur innerhalb gesetzlicher Frist in gehöriger Form frei. Hat er sich nicht erklärt, so wird er Vorbehaltserbe, doch geht er des Vorbehalts, nämlich

3) § 2 J. l. cit. l. 11. l. 12 D. de a. vel o. her. 29, 2.

4) Sachsenspiegel III, 83 § 1, Glosse hierzu.

5) So decisio 57 von 1661, Haubold sächsisches Privatrecht § 349.

6) Kammergerichtsordnung vom 1. März 1709 Tit. 29 § 4 c. c. M. vol. II, Abth. 1 S. 420. Kürzere Fristen steckte codex Fridericianus Marchicus von 1748 Theil III Tit. 15 von der Litisreassumtion und Erbeserklärung §§ 3 u. 4. Vgl. Project des corpus juris Fridericiani part. 2 lib. 7 tit. 15.

7) Erbschaftsedikt Abth. I, § 3 n. c. c. von 1765 vol. II, p. 692.

8) L. R. I, 9 § 427. Suarez Schlußvorträge in v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 12 ff.

9) L. R. I, 9 § 367, vgl. I, 18 § 506, II, 4 § 206.

der Rechtswohlthat des Inventars, verlustig, wenn er dasselbe nicht binnen einer weiteren gesetzlichen Frist in gehöriger Vollständigkeit errichtet. Der römische Unterschied zwischen sui und extranei heredes bezüglich des Erwerbes besteht also nicht. Eine ruhende Erbschaft im römischen Sinne findet sich nicht, wenn es auch ungewiß sein kann, wer Erbe ist oder ob ein Erbe vorhanden ist, in welchem Falle ähnliche Rechtsverhältnisse eintreten.

Wenn auch eine Berufung im römischen Sinne nach preußischem Recht nicht vorkommt, so läßt sich doch auch hier der Ausdruck verwerthen für die mit dem Anfall der Erbschaft eintretende Eröffnung des Rechtes, dieselbe zu behalten oder abzulehnen.

§ 100. Erbfähigkeit.

Nach römischem Recht war die Erbfähigkeit den Nichtbürgern und Sklaven versagt, wie auch bestimmten Kategorien von Bürgern zur Strafe entzogen, so Ketzern, Kindern von Hochverräthern.[1] Derartige positive Beschränkungen gelten heutzutage weder nach gemeinem,[2] noch preußischem Recht. Selbstverständlich ist aber, daß nur wer Person im Rechtssinne ist, Erbe werden kann.

Und zwar beurtheilt das preußische Recht die Fähigkeit des Erben wie des Legatars grundsätzlich nach der Zeit des Anfalles, auch wenn dieselbe vom Todestage verschieden ist.[3][4]

Es gestaltet sich demgemäß in folgender Weise:

1. Jeder Mensch ist erbfähig. In Fällen der Retorsion ist jedoch eine Ausnahme bezüglich der Erbfähigkeit Fremder denkbar.[5]

2. Der Erblasser kann seine Erbschaft auch künftigen Personen zuwenden, ohne Unterschied, ob sich deren Konception vor oder nach dem Tode des Erblassers ereignet,[6] er kann also den „Erbanfall" durch seine letztwillige Verfügung vertagen.[7] Beispielsweise ist zulässig, die künftige

---

1) l. 1 C. de hered. inst. 6, 24. l. 5 C. ad legem Juliam 9, 8, vgl. L. R. II, 20 § 95, Schirmer a. a. O. § 4. So auch L. R. II, 20 §§ 469. 470.

2) Ueber das römische und gemeine Recht vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 59.

3) L. R. I, 12 § 43. „Bei Beurtheilung der Fähigkeit eines Erben oder Legatarii muß auf die Zeit des Erbanfalls gesehen werden." Die Frage aber ist, welches ist die Zeit des „Erbanfalls".

4) Ist der testamentarisch Eingesetzte zur Zeit des Todes des Erblassers gerichtlich als todt erklärt, so erledigt sich dessen Berufung und es wird weiter deferirt. Kehrt der Verschollene nachher gleichwohl zurück, so kann er den Nachlaß in Anspruch nehmen, jedoch nur unter den L. R. I, 9 § 494 ff. angegebenen Einschränkungen. — Die Erbeinsetzung eines gerichtlich für todt Erklärten unter der Bedingung der Rückkehr innerhalb einer bestimmten Zeit ist für zulässig zu erachten. Der Nachlaß ist in der Zwischenzeit durch Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger zu verwalten.

5) L. R. I, 12 §§ 36, 40, vgl. oben Bd. 1 § 45 letzter Absatz.

6) Ueber römisches Recht Dernburg a. a. O. § 59 Anm. 6 ff.

7) Förster Bd. 4 § 267 Anm. 17 führt aus: Die Leibesfrucht muß schon bei dem Tode des Erblassers vorhanden sein; ein später Erzeugter ist nicht erbberechtigt.

Descendenz seiner Tochter zu Erben einzusetzen.[8] Jedes Kind der Tochter wird dann mit der Geburt Erbe; zu welchem Theil aber, bleibt in der Schwebe, bis gewiß wird, daß weitere Kinder der Tochter nicht mehr erzeugt werden.[9] So lange dies nicht entschieden ist, muß eine Descendenzkuratel die Erbschaft verwalten. Der Erblasser kann aber auch die bis zu einer von ihm bestimmten Zeitgrenze Geborenen oder die an einem bestimmten Zeitpunkt Lebenden einer gewissen Kategorie zu Erben ernennen, z. B. „die Enkel meiner Frau zur Zeit ihres Todes." Dann bestimmt sich der Kreis der Berufenen durch den Sachverhalt, wie er in der vom Erblasser vorgesehenen Zeit besteht.[10]

Dem bisher Ausgeführten gegenüber scheint erbunfähig, wer zwar zur Zeit des Todes des Erblassers vorhanden, aber ehe ein vorher Berufener die Erbschaft ausschlägt, bereits wieder verstorben ist.[11] So ist es jedoch nach preußischem Recht nicht. Dies in Folge seiner Auffassung, wonach bereits mit der Zeit des Todes des Erblassers eine eventuelle Berufung an Alle ergeht, an die möglicherweise die erledigte Erbschaft fallen kann.[12] Es genügt daher das Vorhandensein zur Zeit jenes bloß eventuellen Erbanfalls.

Beweise für diesen Satz sind nicht beigebracht, er gilt als selbstverständlich. Gleichwohl ist er unhaltbar. Die Rechtsbeständigkeit der Einsetzung künftig zu Koncipirender als Nacherben wird nicht bezweifelt werden. Denn sie galt schon nach gemeinem Recht unbestritten als zulässig, weil nach demselben das Universalfideikommiß als Vermächtniß behandelt wurde und zu Vermächtnissen auch künftige Personen berufbar sind, und sie blieb im preußischen Recht in anerkannter Uebung. Dem Erblasser steht aber auch frei, zu bestimmen, daß dem künftig zu Koncipirenden die Nutzungen der Erbschaft bis zu dessen Geburt aufbewahrt werden, ferner für die Zwischenzeit Testamentsvollstrecker einzusetzen. Schiebt man daneben einen Vorerben ein — etwa den Intestaterben — so hat er nur das nudum nomen heredis, er ist Figurant zu Ehren einer romanisirenden Theorie. Lehnt er die Erbschaft ab, so kann dies dem künftig zu Koncipirenden nichts schaden. Der Zusammenhang des preußischen Erbrechtssystems führt also zu dem Satz, daß man auch Personen, die nach dem Tode des Erblassers erzeugt werden sollten, für den Fall ihrer Existenz unmittelbar zu Erben ernennen kann, so daß der Nachlaß in der Zwischenzeit für den eventuellen Erben durch Testamentsvollstrecker oder Nachlaßpfleger verwaltet wird. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 987 und Bd. 37 S. 914.

8) Es ist möglich, zu Gunsten dieser zukünftigen Nachkommenschaft Einschreibungen im Grundbuche vorzunehmen. Vgl. Beling Eintragungen für eine Descendenz bei Johow App. Ger. Bd. 6 S. 311 ff. Bolze R. G. Bd. 6 Nr. 75, Bd. 8 Nr. 636. Kam. Ger. Bd. 4 S. 88.

9) Man hat nicht etwa anzunehmen, daß in solchem Falle das zuerst geborene Kind Universalerbe ist und seine Geschwister dessen fideikommissarische Substituten sind. Vgl. Beling a. a. O.

10) Die im Mutterleibe befindliche Leibesfrucht gilt als bereits vorhanden und mitberufen, vgl. L. R. I, 12 § 527 und Seuffert Archiv Bd. 12 Nr. 174.

11) So nach römischem Rechte, l. 59 § 6 D. de her. inst. 28, 5: nec potest intelligi datum ei, qui tempore dandi in rerum natura non fuit.

12) Diese Anschauung liegt L. R. I, 12 § 485 zu Grunde, wonach auch der bedingt Eingesetzte die ihm zugedachte Erbschaft vom Tode des Erblassers an auf seine Erben überträgt, also bereits vorher eventuell berufen ist. Weitere Anwendungen des Princips macht L. R. I, 12 § 462 und L. R. I, 9 § 375. Siehe ferner unten § 185. Eine

3. Nach justinianischem Recht waren nur gewisse Klassen von juristischen Personen — Fiskus, Städte, Kirchen, fromme Stiftungen — unbedingt erbfähig,[13] andere hatten die Erbfähigkeit nur auf Grund besonderer Privilegien.[14] Nach gemeinem[15] und nach preußischem Recht hingegen haben die juristischen Personen schlechthin Erbfähigkeit. Es bedarf aber bei gewissen Zuwendungen an die todte Hand landesherrlicher Genehmigung, worüber früher gehandelt wurde.[16]

Eine gemeinrechtliche Streitfrage ist, ob erst im Testament des Erblassers begründete Stiftungen von ihm zu Erben eingesetzt werden können.[17] Man verneinte dies auf Grund der Annahme, daß juristische Personen der staatlichen Genehmigung bedürften und Rechtsdasein erst mit deren Ertheilung gewönnen. Beim Tode des Erblassers bilde die Stiftung daher kein erbfähiges Subjekt; die an sie ergehende Berufung falle in sich zusammen und die Erbschaft werde den Folgenden, insbesondere den Intestaterben deferirt. Diese Schlußfolgerung ist jedoch für das gemeine Recht schon um deswillen nicht zutreffend, weil nach ihm Stiftungen keiner Genehmigung bedürfen, die Genehmigung aber, wenn sie nach Landesgesetzen gefordert wird, eine bloße Anerkennung bildet, nicht der Bestellungsakt ist. Nach preußischem Recht[18] ist der auch hier aufgeworfene Zweifel aber sicher nicht begründet, da hier nicht gefordert wird, daß der Eingesetzte bereits vor Zeit des Todes des Erblassers vorhanden ist.[19]

Nicht als successionsfähig anzusehen sind diejenigen Gesellschaften, welche nur die inneren Rechte einer juristischen Person haben, wie Erholungsgesellschaften, sowie bloß geduldete Religionsgesellschaften, z. B.

Bestätigung der Richtigkeit unserer Auffassung sehen wir darin, daß etwa gleichzeitig mit deren Ausführung in der ersten Auflage dieses Bandes einer der scharfsinnigsten und gründlichsten österreichischen Juristen, Emil Strohal, in seiner Untersuchung: Transmission pendente condicione Graz 1879, zu wesentlich gleichen Ergebnissen für das österreichische Recht gelangte.

13) Ursprünglich galten den Römern juristische Personen in der Regel als erbunfähig, Ulp. fragm. XXII, § 5, ein Grundsatz, der eine erhebliche politische Bedeutung besaß. Im Laufe der Kaiserzeit erhielten die im Text gedachten juristischen Personen Erbfähigkeit, vgl. Windscheid Pand. Bd. 3 § 535 Anm. 10a ff.

14) l. 8 C. de hered. inst. 6, 24.

15) Mühlenbruch bei Glück Bd. 39 S. 442, Bd. 40 S. 66.

16) Oben Bd. 1 § 55, Ziff. 2.

17) Gemeinrechtlich wurde die Frage bekanntlich in neuerer Zeit vorzugsweise mit Rücksicht auf das Testament von Städel in Frankfurt a. M. verhandelt, in welchem er ein von ihm gestiftetes Kunstinstitut zum Erben einsetzte. Gegen die Gültigkeit war namentlich Mühlenbruch, Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles, 1828, vgl. auch bei Glück Bd. 39 S. 451 ff., Bd. 40 S. 1 ff., siehe auch Roth in Jhering's Jahrb. Bd. 1 S. 209 ff.; für die Geltung u. A. Arndts bei Glück Bd. 46 S. 413 ff.

18) Vgl. Gesetz vom 23. Febr. 1870 § 3, oben Bd. 1 § 55 Anm. 14 und Bd. 2 § 59 Ziff. 1.

19) Striethorst Archiv Bd. 31 S. 204. Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 1070.

Deutschkatholiken, Anglikaner.[20] Man wird auch den Aktiengesellschaften, die nicht durch besondere staatliche Verleihung die Rechte einer juristischen Person erhielten, die Erbfähigkeit absprechen müssen, ebenso eingetragenen Genossenschaften. Zuwendungen an derartige Gesellschaften können auch von deren Mitgliedern nicht in Anspruch genommen werden, da sie nicht bedacht werden sollten. Würde Jemand aber eine offene Handelsgesellschaft zu Erben einsetzen, so müßte man hierunter die Gesellschafter selbst verstehen.

Einsetzungen des Publikums oder der Armen schlechthin[21] haben keine Gültigkeit, doch ist unter Umständen die bezügliche Gemeinde im Wege der Auslegung als berufen anzusehen. Aehnlich steht es mit der Einsetzung einer Behörde, z. B. eines Pastorats, man wird in der Regel eine Zuwendung dieser Art zu Gunsten der Kirchengemeinde, etwa unter einer Zweckbestimmung aufrecht erhalten können.

4. Wer Erbfähigkeit hat, dem können nach der Bestimmung des Landrechts auch solche Gegenstände mittels Erbeseinsetzung oder Vermächtniß letztwillig zugewendet werden, zu deren Eigenthum ihm vermöge seines Standes die Fähigkeit fehlt. Ein solcher Erbe oder Legatar muß aber binnen Jahresfrist nach dem Tode des Erblassers entweder sich die Fähigkeit zum Besitz verschaffen oder sein aus der letztwilligen Verordnung erlangtes Recht einem Andern abtreten.[22] Diese Bestimmungen, dereinst von hoher Bedeutung, als adelige Güter nur von Adeligen besessen werden konnten, können heutzutage nur noch in seltenen Fällen Anwendung gewinnen.

§ 101. Erbunwürdigkeit.[1]

I. Das römische Recht kannte zahlreiche Fälle, in welchen Erben oder Vermächtnißnehmern das Zugewendete wegen Unwürdigkeit entrissen wurde. Den Entreißungsgrund bildeten entweder Vergehen des Begünstigten gegen den Erblasser, insbesondere Ermordung des Erblassers, Antastung seines letzten Willens als pflichtwidrig oder falsch, oder Ungehorsam gegen die Staatsgesetze, die in Bezug auf Erbrechtsverhältnisse erlassen waren. In der Regel war es der Fiskus, welcher das dem Unwürdigen an sich Zukommende nahm. Der Fiskus ließ sich das ihm einmal Verfallene sogar dann nicht entgehen, wenn der Unwürdige das ihm Zugedachte zurückgewiesen hatte. In einigen Fällen jedoch überließ der Fiskus das zu Entreißende anderen

20) Vgl. oben Bd. 1 § 51 bei Anm. 20, § 59. Striethorst Archiv Bd. 53 S. 328. Dagegen Rosin bei Gruchot Bd. 27 S. 129.

21) In der christlichen Kaiserzeit Roms konnte man die Armen gültigerweise bedenken, indem die Armen- oder Krankenanstalt des Wohnortes des Testators, eventuell der Bischof zum bezüglichen Zweck als bedacht galt, l. 24 l. 49 C. de episcopis 1, 3.

22) L. R. I, 12 § 41. 42. Vgl. unten § 142 Anm. 1.

Personen, die offensichtig den eigentlichen Willen des Erblassers für sich hatten.[1]

Diese Indignitätslehre hat in der deutschen Praxis nie feste Wurzel gefaßt, da es der deutschen Rechtsauffassung nicht entsprach, daß der Fiskus die Erbschaft wegen Unwürdigkeit an sich nahm, so lange ein nicht unwürdiger Intestaterbe des Erblassers vorhanden war. Aber zu einer sicheren und festen Neubildung ist das gemeine Recht in dieser Materie nicht gelangt.[2]

II. Das preußische Recht[3] beseitigte das dem Fiskus als solchem zustehende Entreißungsrecht wegen Unwürdigkeit.[4] Allerdings bestehen, der Natur der Sache entsprechend, auch hier Unwürdigkeitsgründe. Aber ihre Geltendmachung ist ausschließlich in die Hand desjenigen gelegt, welcher der Rechtsnachfolger wäre, wenn der Unwürdige nicht vorhanden wäre. Zu diesem Behufe steht ihm eine Klage auf Anfechtung der Erbfolge des Unwürdigen und auf Herausgabe der Erbschaft zu. Erbunfähigkeit des Unwürdigen ist nicht anzunehmen. Denn unzweifelhaft kann sich der Unwürdige nicht selbst auf seine Unwürdigkeit, etwa zur Ablehnung der Lasten der Erbfolge berufen. Auch die Erbschaftsschuldner können die Frage der Unwürdigkeit nicht zur Erörterung bringen, sie haben vielmehr dem, wenn auch unwürdigen, Erben zu erfüllen und werden hierdurch befreit, so lange nicht rechtskräftig die Unwürdigkeit des Erben festgestellt ist oder sichernde Maßnahmen zu Gunsten des Anfechtenden gerichtlich angeordnet sind. Demnach wird auch das Gericht bei Ausstellung der Erbbescheinigung von Amtswegen keine Veranlassung haben, die Gründe etwaiger Unwürdigkeit in Betracht zu ziehen, so lange der zur Geltendmachung der Unwürdigkeit Legitimirte keinen Einspruch anmeldet.

---

1) Dernburg Pand. Bd. 3 § 60 und dort Angef.

2) Bereits Hommel rhaps. V obs. 640 bemerkt: nostris moribus, quia haec ereptio confiscationem redolet, non fisco, sed privatis cedere. Dagegen suchte die romanisirende Jurisprudenz unseres Jahrhunderts auch hier die römischen Sätze zur Geltung zu bringen, so neuerdings Windscheid § 669. Dies war nicht ohne Einwirkung auf die Praxis. Eine gesunde Reaktion aus der Praxis heraus ist gleichwohl nicht ausgeblieben. Friedrich Zimmermann zur Revision der Lehre von der Indignität, Hessisches Archiv für praktische Rechtswissenschaft 3te Folge Bd. 1 S. 355 ff.

3) Schon das Projekt des corp. jur. Frider. p. II lib. 7 tit. 17 art. 5 läßt anstatt des unwürdigen Erben den Substituten oder Intestaterben succediren, während Vermächtnisse nach p. II lib. 8 tit. 19 § 22 vom Fiskus allerdings entrissen werden sollten.

4) L. R. II, 16 § 18. Im Entwurf Th. I Abth. 3 Tit. 4 § 15 wird bemerkt: „Der Unterschied inter incapacem (soll heißen Unfähigen, was Koch Erbrecht S. 1178 hochmüthig rügt) et indignum, beruht auf einer äußerst subtilen und offenbar nur zur Begünstigung des Fisci erfundenen Distinktion. Viele Rechtslehrer zweifeln daher nicht ohne Grund an der Reception dieses Unterschiedes in den deutschen Gerichtshöfen überhaupt. Im preußischen Staate kann die Weglassung der Theorie de indignis keinen Anstand nehmen.“ Damit war in der That ein wahrer und dauernder Fortschritt, entsprechend der deutschen Rechtsanschauung, vollzogen.

Auf Unwürdigkeit kann man sich berufen zur Anfechtung testamentarischer wie gesetzlicher Erbfolge, sowie von Vermächtnissen und richtiger Ansicht nach auch von Erbverträgen. Gewisse Fälle betreffen jedoch nur Zuwendungen der einen oder der anderen Art.

1. Nach deutschem Recht galt der Satz: „blutige Hand nimmt kein Erbe";[5] das römische Recht erachtete denjenigen als unwürdig, welcher absichtlich den Erblasser getödtet hat.[6]

Im Landrecht wird bei den letztwilligen Verfügungen bestimmt, daß der Erbe oder Legatar, welcher den Tod des Testators durch Vorsatz oder grobes Versehen verursacht habe, auch ohne Widerruf des Erblassers des ihm zugedachten Vortheiles verlustig werde, daß jedoch der Erblasser diese Folge durch Verzeihung des Versehens abwenden könne.[7] Selbstverständlich muß der Vorsatz ein widerrechtlicher sein. Gerechtfertigte Tödtung, z. B. im Kriegszustande oder in Folge von Nothwehr, begründet also keinen Verlust, wohl aber Tödtung im Duell. Der Vorsatz muß nicht nothwendigerweise auf Tödtung gegangen sein; es genügt also die Absicht der Verwundung, wenn der Tod die Folge war. Das Landrecht hat sich nicht besonders darüber ausgesprochen, ob auch gesetzlichen Erben die Erbschaft zu entreißen ist, welche den Tod des Erblassers verursacht haben? Die Frage ist bestritten, aber zu bejahen.[8] Auch das ist nicht gesetzlich entschieden, wie sich die Sache gestaltet, wenn der fideikommissarisch Substituirte den Vorerben tödtet, um eine Erbschaft, die ihm nach dem Tode desselben zufallen soll, zu gewinnen. Auch in solchem Falle kann der Verbrecher keinen Vortheil aus dem Verbrechen ziehen. Die Erbschaft ist also den Erben des Vorerben bis zur längsten Frist des menschlichen Lebens zu belassen,[9] da das Vergehen des

5) Sachsenspiegel III, art. 84 § 3.

6) l. 7 § 4 D. de bonis damnatorum 48, 20, l. 9 D. de jure fisci 49, 14. Daß auch bei kulposer Tödtung Indignität eintrat, ist nicht aus l. 3 D. de his, quae ut indignis 34, 9 zu erweisen; Keller Institutionen S. 390.

7) L. R. I, 12 §§ 599. 600.

8) R. G. Bd. 9 S. 284. Man hat dagegen angeführt, daß es sich um eine singuläre Bestimmung handele, welche nicht ausdehnend angewendet werden könne. Witte Intestaterbrecht S. 12. Koch Erbrecht S. 1182. Es liegt aber nur ein Ausfluß des allgemeinen, im Landrechte generell I, 3 § 35 und vielfach speciell anerkannten Grundsatzes vor, daß der Handelnde in Folge unerlaubter Handlungen keine Rechte überkommt. Dieser Grundsatz scheint auch in L. R. II, 1 § 828 zur Anwendung gebracht zu sein. Auf die Fälle der Verwandtenerbfolge ist er um so gewisser zu übertragen, als schon diejenigen, die ihre unvermögenden Verwandten gegen ihre natürliche Pflicht hülflos lassen, ihr gesetzliches Erbrecht verlieren, L. R. II, 3 § 23. Dies muß um so mehr den treffen, welcher das Verderben des Erblassers absichtlich oder durch grobe Schuld verursacht. So nach Bielitz Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 295.

9) In der Regel also bis zum vollendeten 70. Jahre von der Geburt, oben Bd. 1 § 42 bei Anm. 4.

Substituirten allein die Entscheidung der Frage, ob der Vorerbe diese Frist erlebt hätte, zur Nothwendigkeit macht.

2. Wer ein Testament oder eine andere letztwillige Verfügung verheimlicht, verliert alle ihm darin zugedachten Vortheile.[10] Die Veranlassung zu solcher Verheimlichung wird meist sein, daß der Verheimlichende gesetzlicher Erbe des Testators war, dem im Testamente weniger zugewendet ist, als sein gesetzliches Erbtheil betrüge.[11]

Weitere Gründe der Unwürdigkeit sind Zwang, Betrug sowie andere unerlaubte Mittel bei der Testamentserrichtung.[12]

3. Personen, welche Ehebruch oder Blutschande mit einander getrieben haben, können sich nichts durch letztwillige Verordnungen hinterlassen, wenn entweder die Ehe um dieses verbotenen Umganges willen getrennt oder unter den angeblichen Ehegatten für nichtig erklärt wurde, oder wenn der Erblasser, auch hiervon abgesehen, des Ehebruches oder der Blutschande mit der begünstigten Person gerichtlich überführt wurde.[13] Eine derartige Ueberführung ist unter Anderem anzunehmen, wenn der Ehebruch bei einer Verurtheilung wegen Meineides rechtskräftig anerkannt wurde.[14] Ehebrecherische Personen jedoch, welche sich nach Trennung der verletzten Ehe erlaubter Weise heiratheten — namentlich in Folge einer Dispensation[15] — sind befugt, letztwillig zu ihren Gunsten zu verfügen.

4. Hat der Vormund sich selbst oder eines seiner Kinder mit seiner Mündel gesetzwidrig verheirathet, so sind alle Zuwendungen, welche eine solche Frau ihrem Ehemanne in einem vor erreichter Volljährigkeit gemachten Vertrage oder Testamente bestimmt hat, ungültig.[16]

Entsprechendes gilt, wenn minderjährige vaterlose Waisen, ohne Einwilligung der Mutter, Großeltern oder ihres Vormunds heirathen.[17]

---

10) L. R. I, 12 § 608. Vgl. deutsches Strafgesetzbuch § 274, auch § 280. Die Bestimmung kann nur für außergerichtliche Testamente und Kodicille möglicherweise Bedeutung gewinnen.

11) Dies ist der Fall der l. 25 C. de legatis 6, 37, welcher die Bestimmung von L. R. I, 12 § 608 nachgebildet ist.

12) L. R. I, 12 § 609, unten § 106 Anm. 8.

13) L. R. I, 12 § 35. Werden auch Verfügungen ungültig, welche vor dem verbotenen Verkehr getroffen sind? So Eccius Bd. 4 § 125 Anm. 24 nach L. R. I, 12 § 14.

14) Striethorst Archiv Bd. 2 S. 155.

15) Kabinetsordre vom 28. Februar 1811. Es ist hier nur die Rede von der Verehelichung auf Grund einer Dispensation. Das Gleiche ist aber auch anzunehmen, wenn die Ehebrecher sich ohne Dispensation heirathen konnten, weil die verletzte Ehe nicht durch Scheidung, sondern durch Tod aufgelöst war.

16) L. R. II, 1 § 982.

17) L. R. II, 1 § 999.

Zweiter Abschnitt.

Die einseitigen letztwilligen Verfügungen.[1]

Erstes Kapitel.

Einleitung.

§ 102. Das Testament.

I. Im Mittelalter war der Ausdruck Testament zu einem technischen geworden für jede einseitige Vergabung von Todeswegen, mittels deren der Erblasser in den Formen des römischen und kanonischen Rechtes etwas über seinen Nachlaß zum Besten der Kirche oder kirchlicher Anstalten bestimmte.[2] In ähnlicher Weise bezeichnet noch jetzt die Laiensprache jede einseitige letztwillige Verordnung als Testament, mag sie nun eine Universalsuccession begründen oder Einzelverordnungen treffen.

Die neuere Rechtswissenschaft jedoch hat sich gewöhnt, in Folge der intensiveren Aneignung der römischen Ideen den Ausdruck Testament in dem technischen Sinne des römischen Rechtes zu gebrauchen. Dies geschieht, wie in der gemeinrechtlichen Doktrin, so auch in der preußischen Gesetzessprache. Hiernach zerfallen die letztwilligen Verfügungen in Testamente und in Kodicille.

II. Testament ist die letztwillige Einsetzung eines Erben.[3] In einem abgeleiteten Sinne nennt man Testament auch die Urkunde, in welcher dies geschieht. Das Testament kann natürlich auch letztwillige Verfügungen anderer Art enthalten, ja um derentwillen vorzugsweise errichtet sein, zum

1) L. R. Theil I, Titel 12: „von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche aus Verordnungen von Todeswegen entstehen."

2) Beseler Erbverträge Th. 1 S. 248. In diesem Sinne bestätigte die Joachimica II, § 1 die Testamente, „daß ein Jeglicher, dem solches zu Recht gebührt, mag nach Rechtes Form ein Testament machen von seinen Gütern, liegenden Gründen und fahrender Habe und also seiner Seelen Seligkeit und gegen seinen Nächsten die Gerechtigkeit bestellen und befehlen." Heydemann Elemente S. 272. Vgl. Korn Güterrecht der Eheleute S. 182 ff.

3) l. 20 D. de jure codic. 29, 7. tabulas testamenti non intelligi, quibus heres scriptus non est, et magis codicilli quam testamentum existimandae sunt. Der Ausspruch in l. 1 § 3 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 geht daher zu weit.

Testament wird die Anordnung nur durch die Erbeseinsetzung, nie durch andere Verfügungen, wenn sie auch die eingreifendste Wirkung haben. Dies gilt gleichmäßig für die preußische wie die römische Rechtssprache,[4] immerhin besteht eine wichtige Verschiedenheit. Im römischen Sinne ist das Testament durch die Einsetzung eines s. g. unmittelbaren Erben bedingt; die Einsetzung eines Universalfideikommissars bildete nur ein Kodicill zu Lasten der Intestaterben, denn der Universalfideikommissar war kein Erbe. Nach preußischem Rechte aber genügt für ein Testament die Einsetzung eines fideikommissarischen Substituten auf die Erbschaft, denn ein fideikommissarischer Substitut dieser Art ist nach preußischem Rechte wahrer Erbe.[5]

Das preußische Testament hat mehrere Eigenschaften nicht übernommen, welche dem römischen eigenthümlich waren. Bereits oben[6] wurde ausgeführt, daß das römische Testament durch sein Bestehen die Intestaterben schlechthin ausschloß. Es hob ferner das jüngere Testament das ältere mit Rechtsnothwendigkeit auf, ohne Rücksicht darauf, ob an sich die Bestimmungen beider Verfügungen verträglich gewesen wären.[7] Im preußischen Rechte entbehrt das Testament derartiger Ausschließlichkeit. Hier ist also die Ernennung eines Erben auf eine Quote des Nachlasses zulässig, so daß Vertrags- oder gesetzliche Erben daneben einrücken. Es können auch mehrere nacheinander errichtete Testamente desselben Testators nebeneinander Geltung gewinnen, wenn dies der deutlich erkennbaren Absicht des Erblassers entspricht.[8]

Das römische Testament konnte gültigerweise nur letztwillige Verfügungen enthalten; eine Verbindung mit anderen Geschäften wäre den Römern, abge-

---

4) L. R. I, 12 § 3: Jede einseitige Willenserklärung, wodurch Jemand zum Erben einer Verlassenschaft berufen wird, heißt ein Testament. Das Register des Landrechts bemerkt hierzu erläuternd: es unterscheidet sich vom Kodicill dem Wesen nach dadurch, daß es über die ganze Erbschaft oder doch über partem quotam disponirt, dagegen das Kodicill nur partem quantam oder einzelne Stücke des Nachlasses zum Gegenstande hat. Vgl. l. 20 D. de jure codicillorum 29, 7. l. 14 C. de testamentis 6, 23. Dennoch wird in preußischen Rechtsquellen der Ausdruck Testament nicht selten für jede letztwillige Verfügung verwerthet. Als hierhergehörige Stellen führt man an §§ 23, 32, 48, 76, 79, 81, 99, 103, 108, 111, 120, 129, 131, 605, 607 des Titels.

5) Mommsen Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes, Motive S. 136, wendet in römischer Weise den Ausdruck „Erbe" nur auf denjenigen an, der in das Vermögen des Erblassers als ein Ganzes unmittelbar eintritt. Hiernach ergiebt sich ihm auch der Umfang seines Testamentes. Damit wird der erhebliche Fortschritt, welchen das neuere, insbesondere das preußische Recht gegenüber dem römischen gethan hat, verleugnet. Das römische Universalfideikommiß ist nur eine aus der historischen Entwickelung des römischen Erbrechtes zu erklärende Erscheinung, welche in dieser Gestalt kein neueres Gesetz mit Fug wird annehmen können.

6) Vgl. oben § 94 im Text hinter Anm. 1.

7) § 3 J. qu. m. testamenta infirmentur 2, 17. Anders bei Militärtestamenten l. 19 D. de test. mil. 29, 1.

8) Vgl. L. R. I, 12 § 574.

sehen vom letzten Willen des Soldaten, als unzulässig erschienen.[9] Nach gemeinem und preußischem Rechte ist diese Isolirung nichts Nothwendiges. Es kommt daher die Verbindung einer testamentarischen Einsetzung mit Geschäften unter Lebenden, z. B. einem Ehevertrage, nicht selten vor.[10] [11]

§ 103. Die Kodicille.[1]

1. Nach altem römischem Rechte war die Errichtung eines Testamentes, dessen Grundlage und Haupt die Erbeseinsetzung bildete, für jede rechtsgültige letztwillige Verfügung unerläßlich.[2] Erst mit der römischen Kaiserzeit wurde die Klagbarkeit fideikommissarischer letztwilliger Verfügungen anerkannt, welche außerhalb eines Testamentes getroffen waren, indem sie den Eintritt eines Erben voraussetzten.[3] Urkunden über derartige Anordnungen nannte man Kodicille, später bezeichnete man so auch den Verfügungsakt selbst, so daß auch bezügliche mündliche Anordnungen Kodicille heißen.

Die Kodicille, in der klassischen Kaiserzeit völlig formlos,[4] wurden in der christlichen Kaiserzeit Formen unterworfen, so daß sich aber statt der beim Testamente erforderten Siebenzahl als eigene Kodicillarform die Errichtung vor fünf Zeugen herausbildete. Das preußische Recht dagegen fordert für die Regel bei Kodicillen dieselbe Form wie bei Testamenten, also

---

9) Dies ergiebt sich aus dem Erforderniß der unitas actus und ist nach der ganzen Denkweise der Römer anzunehmen: vgl. l. 21 § 3 D. qui test. facere 28, 1.

10) In den Entsch. des O. Trib. Bd. 17 S. 192 wird eine Erbeseinsetzung als gültig erachtet, die sich in einer gerichtlichen Verhandlung fand, deren Hauptzweck die Auseinandersetzung des bisherigen Hofbesitzers mit dem Hofübernehmer und die Feststellung der Abfindungen seiner Geschwister war.

11) Letztwillige Verfügungen werden bezüglich ihrer Form nach dem Orte der Errichtung beurtheilt. Die Wirkungen bestimmen sich nach dem Rechte des Wohnsitzes des Erblassers. Wie aber wenn er seinen Wohnsitz nach Errichtung des Testamentes in ein anderes Gesetzgebungsgebiet verlegt hat? Die Konsequenz spricht dafür, daß der letzte Wohnsitz des Erblassers über die Beerbungsfragen entscheidet. So auch Johow App. Ger. Bd. 8 S. 236. Dagegen wird bei Striethorst Archiv Bd. 16 S. 275 ausgeführt, die Willenserklärung könne sich nur nach den zur Zeit der Setzung derselben gültigen Gesetzen richten, so daß vernünftigerweise nur diese den bestimmenden Gesichtspunkt für die Auffassung, Beurtheilung und nöthigenfalls Ergänzung derselben abgäben. Dies hat für die Auslegung des letzten Willens eine Berechtigung, aber berührt die Frage nach den zwingenden Normen, z. B. dem Maße des Pflichttheils, nicht. — Vgl. noch R. G. Bd. 31 S. 154.

1) Fein bei Glück Bd. 44 u. 45.

2) Insbesondere konnten Legate, die einzige Weise singularer Zuwendungen nach älterem Rechte, nur in einem Testamente angeordnet werden und zwar nur nach der Erbeseinsetzung: quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, Gaj. Inst. II, § 229.

3) Pr. Inst. de codicillis 2, 25: ante Augusti tempora constat codicillorum jus in usu non fuisse.

4) Ulp. fragm. tit. 25 §§ 1. 3.

namentlich Gerichtlichkeit,[5] doch giebt es Fälle, in welchen die Errichtung von Kodicillen erleichtert ist.

2. Die Kodicille schließen sich einer unabhängig von ihnen eintretenden testamentarischen oder gesetzlichen Erbfolge an. Je nachdem sie sich einem Testamente anschließen, oder einer gesetzlichen Erbfolge, sind sie testamentarische oder Intestatkodicille. Testamentarische Kodicille können dem Testamente vorausgehen, meist werden sie demselben nachfolgen.

Das testamentarische Kodicill galt den Römern als eine Ergänzung des Testamentes und wurde als ein Ganzes mit diesem angesehen.[6] Hieraus entwickelte sich im römischen Rechte die s. g. kodicillarische Fiktion, wonach Geltung und Inhalt der Kodicille beurtheilt wurde, wie wenn sie im Testamente selbst errichtet wären.[7] Allein diese Fiktion, wenn auch in einzelnen mehr positiven Fragen angewendet, erwies sich bereits im römischen Rechte als unhaltbar. Vermachte Jemand z. B. unter einer auf die Gegenwart gestellten Bedingung im testamentarischen Kodicill, so erachtete man die Zeit der Errichtung des Kodicills gleichwohl als maßgebend.[8] Im preußischen Rechte ist für die Beurtheilung des testamentarischen Kodicills zunächst die Errichtungszeit entscheidend. Indessen kann auch hier bei der Auslegung nicht übersehen werden, daß die testamentarischen Kodicille zum Testamente gehören, mit ihm eine Einheit bilden sollen und daher in gewissem Maße aus ihm erklärt werden müssen.

Unter den testamentarischen Kodicillen unterscheidet man die im Testamente bestätigten und die nicht bestätigten — confirmati, non confirmati. — Die ersteren konnten im vorjustinianischen Rechte auch civilrechtliche Anordnungen, insbesondere Legate enthalten,[9] die letzteren nur fideikommissarische Verfügungen treffen. Im justinianischen Rechte ist dieser Unterschied in Folge der Verschmelzung von Legaten und Fideikommissen im Wesentlichen weggefallen. Ueber einen anderen Gegensatz bezüglich der Form, welcher nach preußischem Rechte von großer Erheblichkeit ist, ist später zu sprechen.[10]

---

5) Vgl. L. R. I, 12 § 66, vgl. aber unten § 118.

6) l. 3 § 2 D. de jure codicillorum 29, 7. Es fiel mit dem Testamente zusammen, wenn es nicht zugleich als Intestatkodicill gewollt war.

7) l. 2 § 2 D. eod.: codicillorum jus singulare est, ut quaecunque in his scribentur, perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent. Fein a. a. O. Bd. 44 S. 233 ff.

8) l. 7 § 1 D. de jure cod. . . si Titius vivus est, vel si tot annis est, codicillis legavit Sejo, tempus codicillorum, non quo tempore fit testamentum, spectandum. Vgl. l. 4 D. eod. Dernburg Pand. Bd. 3 § 66 Anm. 13.

9) Gaj. Inst. II, § 270[a], vgl. l. 3 pr. D. de test. tut. 26, 2.

10) Siehe unten § 118.

Die Intestatkodicille belasten nach preußischem, wie nach römischem Rechte Jeden, welchem die Erbschaft nach Gesetz zufällt, wenn sie nichts anderes bestimmen.[11]

3. Damit sich die im Testamente getroffenen Verfügungen und ebenso die in den testamentarischen Kodicillen enthaltenen Anordnungen für den Fall der Ungültigkeit oder der Unwirksamkeit des Testamentes als Belastungen der gesetzlichen Erben erhielten, bedurfte es nach römischem Rechte der s. g. Kodicillarklausel, mittels deren der Testator erklärte, daß seine letztwilligen Erklärungen eventuell so behandelt werden sollten, als wenn sie ein Intestatkodicill bildeten.[12] Auf Grund dieser Klausel wurden die Erbeseinsetzungen in Universalfideikommisse verwandelt, andere Zuwendungen als Singularfideikommisse erhalten. Die Kodicillarklausel galt den Römern nicht als selbstverständlich. Der auf sie gerichtete Wille mußte vielmehr seinen Ausdruck im Testamente gefunden haben, ein Satz, welcher freilich zu der deutschen Auffassung letztwilliger Verfügungen wenig stimmt. Nach preußischem Rechte[13] gelten, dieser entsprechend, die letztwilligen Zuwendungen als Belastungen des Nachlasses oder der Nachlaßportion oder einzelner Nachlaßbestandtheile; sie verhaften daher Jeden, der diese Sachgüter vom Erblasser erwirbt. Es gilt hier, wenn man sich romanistisch ausdrücken will, die Kodicillarklausel stillschweigend zugefügt. Natürlich kann aber der Erblasser seine Zuwendungen durch besondere Bestimmung auf den Fall beschränken, daß bestimmte Personen seine Erben werden oder die ihnen zugedachten mit Nachvermächtnissen belasteten Vermächtnisse erhalten.

§ 104. Die Testirfähigkeit.[1]

Die Testirfähigkeit — worunter hier die Befähigung zu letztwilligen Anordnungen jeder Art, nicht bloß zur Erbeseinsetzung zu verstehen ist — richtet sich nach Normen zwingender und unabänderlicher Natur. Durch Privatverfügung kann man sich ihrer daher nicht begeben.[2]

---

11) l. 3 pr. D. de jure codic. 29, 7.

12) Vgl. l. 29 D. qui test. 28, 1. l. 88 § 17 D. de leg. II, 31. l. 3 D. de test. militis 29, 1. Fein a. a. O. Bd. 45 S. 184 ff. Vangerow Bd. 2 § 527.

13) Vgl. L. R. I, 12 §§ 279. 280.

1) L. R. I, 12 § 9 ff. Vgl. über gemeines Recht Dernburg Pand. Bd. 3 § 67 und dort Angeführte.

2) L. R. I, 12 § 10 besagt: „Der Befugniß, auf den Todesfall Verfügungen zu treffen, kann man sich nur durch einen rechtsgültig geschlossenen Erbvertrag begeben." Dies ist nicht genau. Die Befugniß zu Verfügungen auf den Todesfall besteht auch nach Abschluß eines Erbvertrages. Die letztwilligen Verfügungen, welche im Widerspruch mit dem Erbvertrag stehen, entbehren nur der Wirksamkeit, falls sich der Erbvertrag verwirklicht. Fällt der Erbvertrag nach Errichtung des Testamentes zusammen, z. B. weil der Vertragserbe vor dem Erblasser stirbt oder der Erbschaft entsagt, so wird das Testament, welches gültig errichtet war, wirksam. So auch R. G. Bd. 4 S. 172. —

Aeltere gemeinrechtliche Schriftsteller nahmen an, daß zu Verfügungen unter Lebenden, da sie dem natürlichen Rechte angehörten, ein Jeder befähigt sei, dem das Gesetz die Verfügungsbefugniß nicht besonders entzogen habe, daß dagegen Testamente, weil sie allein auf dem positiven Rechte ruhten, nur durch solche Personen errichtet werden könnten, welchen das Gesetz die Testirfähigkeit besonders verliehen habe. Das Landrecht verwirft diesen Gedanken ausdrücklich.[3] Weit davon entfernt, die Testirfähigkeit mehr als die Verfügungen unter Lebenden einzuschränken, verfolgt die Gesetzgebung vielmehr die entgegengesetzte Tendenz. Denn einmal handelt es sich hier um jederzeit widerrufliche Verfügungen, sodann aber ist das Hülfsmittel der Vertretung durch einen Vormund oder sonstigen Vorstand hier unzulässig, da die testamentarische Verfügung vom Erblasser in Person vorgenommen werden muß. Hieraus erklärt es sich, daß die Altersgrenze für die Testirfähigkeit tiefer gegriffen ist, als für Verfügungen unter Lebenden. Auch können ohne Zustimmung ihrer Ehemänner Ehefrauen beliebig testiren, obgleich sie zur selbständigen Uebernahme von Verbindlichkeiten unter Lebenden nicht berechtigt sind.[4]

Das römische Recht entzog die Testirfähigkeit gewissen Personen aus rechtspolitischen Gründen, anderen nach historischen Reminiscenzen, die es nicht zu überwinden vermochte; das gemeine Recht hat derartige Beschränkungen zum großen Theil, das preußische hat sie völlig abgestreift. Fähig zu testiren war in Rom nur der römische Bürger,[5] nach gemeinem und preußischem Recht kann auch der Ausländer testiren, sofern er nur nach dem Recht seines Wohnsitzes die Testirfähigkeit hat.[5a] Testirunfähigkeit als Strafmittel, von den Römern häufig angewendet, ist dem heutigen Rechte fremd.

Obgleich der Richter nur die Testamente Verfügungsfähiger aufnehmen darf, so kann er sich doch nicht weigern, ein Testament dessen aufzunehmen, welcher gerichtskundig, bereits einen Erbvertrag über sein gesammtes Vermögen abgeschlossen hat; er wird nur gehalten sein, dem Testator die Folgen klar zu machen. In gleicher Weise wird es sich mit Testamenten derer verhalten, die in eine öffentliche Anstalt zur unentgeltlichen Verpflegung aufgenommen sind. Denn wenn dieselben auch gegenüber dem Erbrechte der Anstalt kraftlos sind, so werden sie wirksam, wenn dieses Recht wegfällt, vgl. unten § 193 bei Anm. 15.

3) In diesem Zusammenhange ist es zu würdigen, wenn L. R. I, 12 § 9 bestimmt: „Soweit Jemand unter Lebenden über sein Vermögen zu verfügen fähig und berechtigt ist, soweit kann er in der Regel auch auf den Todesfall Verfügungen treffen." Vgl. code civil art. 902.

4) Ueber die Nichtanwendung des Grundsatzes des lübischen Rechts, wonach eine Ehefrau nur testiren kann, sofern ihr die Befugniß dazu von ihrem Ehemanne ertheilt ist, in Pommern siehe Entsch. des O. Trib. Bd. 17 S. 519, Bd. 18 S. 400. Vgl. übrigens unten Anm. 29 über gütergemeinschaftliche Ehegatten.

5) l. 8 §§ 1. 2 D. h. t. 28, 1. l. 7 § 3 D. de interd. et rel. 48, 22. In Folge des Verlustes des Bürgerrechts oder der Freiheit waren in Rom testirunfähig zur Deportation oder in die Bergwerke Verurtheilte. Auch Pasquillanten, Ketzer, Apostaten traf die Strafe der Testirunfähigkeit.

5a) R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 891.

Nach älterem römischem Rechte konnte das Hauskind nicht testiren, weil dasselbe kein Vermögen haben, also auch nichts daraus vergeben konnte. Nur bezüglich des peculium castrense und quasi castrense machte man eine Ausnahme. Dieser Zustand blieb im justinianischen Rechte, ungeachtet hier der Haussohn vermögensfähig ist. Das gemeine Recht hat den Satz mit übernommen, obgleich er hier jeder inneren Begründung entbehrte. Nach preußischem Rechte dagegen sind Hauskinder auch bezüglich ihres nichtfreien Vermögens berechtigt, ohne Einwilligung des Vaters zu testiren,[6] selbstverständlich sofern die übrigen Bedingungen der Fähigkeit vorhanden sind, insbesondere das gesetzmäßige Alter.

Unfähig sind nach preußischem Recht Mönche und Nonnen, weil sie als verstorben gelten. Außerdem bestehen folgende Unfähigkeitsgründe:

1. Unmündigkeit. Personen unter 14 Jahren können auch nicht mit Zustimmung ihres Vaters oder Vormundes testiren.[7]

Mündige Minderjährige sind testirfähig; doch können sie bis zum vollendeten 18. Jahre — der s. g. plena pubertas — nur mündlich zu gerichtlichem Protokoll testiren.[8]

2. Geisteskranke konnten nach römischem Rechte während des Bestehens der Geisteskrankheit nicht letztwillig verfügen. In lichten Augenblicken stand ihnen dagegen die Testamentsfähigkeit zu, selbst wenn sie entmündigt und unter Kuratel gestellt waren.[9] Anders nach preußischem Rechte. Ent-

---

6) L. R. I, 12 § 18 gegen l. 16 D. h. t. 28, 1. l. 8 § 5 C. de bonis, quae liberis 6, 61.

7) Auch nach römischem Rechte waren die „impuberes" — männliche Personen bis zum 14., weibliche bis zum 12. Jahre — testamentsunfähig § 1 J. h. t. 2, 12, woraus sich denn dort ergab — Gaj. Inst. II, § 113 — videntur melioris esse condicionis feminae quam masculi. Nach preußischem Rechte — L. R. I, 12 § 16 — sind ohne Unterschied des Geschlechts Personen unter 14 Jahren testamentsunfähig.

8) L. R. I, 12 § 17. Es liegt hierin eine Beschränkung der Testirfähigkeit der Minderjährigen, nicht eine bloße Form. Preußische Minderjährige können daher auch nicht im Auslande außergerichtlich testiren. Zuständig ist aber nicht bloß das Gericht des Wohnsitzes des Minderjährigen, sondern jedes zur Aufnahme von Testamenten befugte Gericht. Der Richter hat nach L. R. I, 12 § 152 zu erforschen, ob der Minderjährige nicht durch List oder Ueberredung verleitet wird. Bringt der noch nicht Achtzehnjährige einen schriftlichen Aufsatz zur Gerichtsstelle, so ist derselbe nur so zu solennisiren, daß er durch den Minderjährigen verlesen wird, worauf er in Urschrift oder Abschrift dem gerichtlichen Protokoll einverleibt werden kann. Zweifelhaft ist, ob Minderjährige unter 18 Jahren vor Dorfgerichten, Magistraten, Auditeuren und Schiffsführern mündlich zu Protokoll testiren können, wenn die Voraussetzungen zu solchen Testamenten gegeben sind. Man muß sich hierfür mit Thümmel, die Errichtung des letzten Willens nach preußischem Rechte, S. 30, S. 109, erklären, da diese Behörden und Personen die Gerichte in den bezüglichen Fällen vertreten. Dagegen sind jenen Minderjährigen die privilegirten Formen verschlossen. Koch zu § 17 hält an der Nothwendigkeit der Zuziehung des ordentlichen Gerichts fest, ebenso Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 39. Gegen Koch Vierhaus bei Koch zum § 17 Anm. 26.

9) § 1 J. h. t. 2, 12. l. 16 § 1 D. qui test. facere 28, 1. l. 9 C. eod. 6, 22.

mündigte Geisteskranke sind nach demselben schlechthin testirunfähig, auch wenn sie lichte Augenblicke haben. Es bedarf vorgängiger Aufhebung der Entmündigung, damit sie die Testirfähigkeit wieder gewinnen.[10] [11] Nicht-entmündigte Geisteskranke sind dagegen nur unfähig, so lange und insoweit sie geistesgestört sind.[12]

Der Richter hat sich bei der Aufnahme eines Testamentes in angemessener Weise von der Verfügungsfähigkeit des Erblassers zu vergewissern. Fehlt dieselbe offenbar und zweifellos, so hat er sich der Vollziehung des Aktes zu enthalten, bleibt die Verfügungsfähigkeit zweifelhaft, so liegt ihm ob, den Akt vorzunehmen, indem er den Zweifel im Protokoll bezeugt;[12a] gewinnt er die Ueberzeugung von der Verfügungsfähigkeit, so ist auch dies protokollarisch festzustellen.

Diese Feststellung ist zweifelsohne bedeutungslos, wenn der Erblasser wegen Geisteskrankheit entmündigt ist. War dies nicht der Fall, so soll sie nach einer verbreiteten Ansicht unanfechtbar sein. Dieselbe ist aber um deswillen unbegründet, weil die Prüfung des Richters bei Vornahme des Aktes, wenn sich nicht gerade zufällig besondere Verdachtsmomente ergaben, keine erschöpfende sein kann. Der Gegenbeweis ist also zuzulassen.[13]

---

10) L. R. I, 12 § 21. Hier wird zwar nur gesagt, daß der Wahnsinnige und Blödsinnige, welcher „unter Vormundschaft stehe," nicht letztwillig verfügen könne. Doch nach dem Sinn des Gesetzes ist es die Entmündigung, nicht Bevormundung, welche testirunfähig macht. Entmündigte minderjährige Hauskinder, welche nach V. O. § 81 Ziff. 1 keinen Vormund erhalten, sollen nach Eccius Bd. 4 § 245 Anm. 11 in lichten Augenblicken testiren können, werden sie volljährig und demzufolge bevormundet, so sollen sie hierzu nicht befähigt sein. Das ist unannehmbare Wortinterpretation.

11) Die Entmündigung erfolgt — oben Bd. 1 § 75 Buchst. b — durch Beschluß des Amtsgerichts und dessen Mittheilung an die Vormundschaftsbehörde, R. C. P. O. § 603. Wird dieser Beschluß auf Grund einer Anfechtungsklage aufgehoben, so kann er inzwischen gemachten letztwilligen Verfügungen nicht entgegengestellt werden, R. C. P. O. § 613 Abs. 2. Die Wiederaufhebung der Entmündigung geschieht durch Beschluß des Amtsgerichts, R. C. P. O. § 616. Wird gegen denselben vom Staatsanwalt nach R. C. P. O. § 619 die — sofortige — Beschwerde erhoben und dieselbe zurückgewiesen, so tritt die Aufhebung der Entmündigung doch erst mit der Verwerfung der Beschwerde ein, vgl. oben Bd. 1 § 134 Anm. 5. Das Testament, welches nach dem amtsgerichtlichen Aufhebungsbeschlusse vor Verwerfung der Beschwerde errichtet wurde, ist also nichtig.

12) Selbstverständlich gilt auch der Satz der l. 17 D. qui testamenta facere 28, 1: in adversa valetudine mente captus testamentum facere non potest.

12a) Näheres unten § 107 bei Anm. 13.

13) Das O. Trib. erkannte im Archiv für Rechtsfälle Bd. 3 S. 450 und Entsch. Bd. 16 S. 500: Der Einwand, daß der Testator zur Zeit der Errichtung seines letzten Willens blödsinnig gewesen sei, finde, wenn derselbe auch nachher wegen Blödsinnes unter Vormundschaft gesetzt worden sei, gegen ein gerichtliches Testament nicht statt, bei dessen Aufnahme der Richter sich überzeugt habe, daß der Testator seines Verstandes mächtig sei. Die Gründe dieser Entscheidungen sind nicht haltbar. Daß, wie unterstellt wird, der Geist der preußischen Gesetzgebung dafür spreche, den Befund einer vom Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit einseitig vorgenommenen Prüfung als unanfecht-

Wer eine letztwillige Verordnung wegen Geisteskrankheit des Erblassers anficht, hat das Bestehen der Geisteskrankheit zur Zeit der Errichtung nachzuweisen, wenn der Testator damals nicht entmündigt war.[14] Haben jedoch später entmündigte Geisteskranke innerhalb eines Jahres vor eingetretener Entmündigung eine außergerichtliche oder privilegirte Verordnung über ihren Nachlaß gemacht, so muß der hierdurch Begünstigte seinerseits darthun, daß der Erblasser bei Errichtung des letzten Willens seines Verstandes mächtig war.[15] Diese besondere Umkehrung der Beweislast tritt dann nicht ein, wenn ein Richter die Verfügung aufnahm und die Verfügungsfähigkeit des Testators anerkannte.

3. Taube oder Stumme sind dann unfähig zu testiren, wenn sie sich weder mündlich noch schriftlich ausdrücken können, andernfalls sind sie testirfähig.[16] Bloße Zeichensprache genügt nicht zur Errichtung.[17] Dies Alles gilt auch für Taubstumme.[18]

---

bar und rechtskräftig anzusehen, ist nicht richtig. Auch hat das O. Trib. bei Erbverträgen selbst von einem derartigen Grundsatze Abstand genommen, Entsch. Bd. 58 S. 158. Nichts aber beweist für das Obertribunal der von ihm angezogene § 22 des Titels. Hiernach soll, wenn Jemand eine außergerichtliche oder privilegirte Verordnung über den Nachlaß innerhalb eines Jahres vor seiner Entmündigung wegen Geisteskrankheit machte, wer sich auf dieselbe stützt, die Verstandesmächtigkeit des Testators nachzuweisen haben. Offenbar folgt hieraus argumento a contrario nicht, wie das Obertribunal annimmt, daß der Beweis des Blödsinnes gegen gerichtlich errichtete Verordnungen unzulässig sei, sondern nur, daß die Umkehrung der Beweislast, wie § 22 vorschreibt, nicht eintritt. So auch Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 340, Eccius Bd. 4 § 245 Anm. 8. R. G. bei Gruchot Bd. 30 S. 431.

14) Der Anfechtende hat Thatsachen anzuführen, aus denen sich die Geisteskrankheit zur Zeit der Errichtung ergiebt; Thatsachen, welche vorher oder nachher vorkommen, sind hierbei zu beachten, sofern sie Schlüsse auf eine dauernde Krankheit nahelegen. Dem Vertheidiger der Anordnung steht es offen, wenn das Vorhandensein der Geisteskrankheit vor oder nach der Errichtung im Allgemeinen dargethan ist, seinerseits das Nichtvorhandensein geistiger Krankheit im Augenblicke der Errichtung nachzuweisen. Zu diesem Zwecke kann er sich namentlich auf lichte Zwischenräume berufen, sei es, daß in ihnen der Kranke die Krankheit klar erkennt, sei es, daß er die Erinnerung an die krankhaften Zustände völlig verliert. Besonders zweifelhaft wird stets sein, ob testirfähig ist, wer an einzelnen Wahnvorstellungen leidet, im Uebrigen aber sich als vernünftiger Mensch benimmt. Man wird die Testirfähigkeit annehmen, wenn eine Verbindung zwischen den kranken Ideen und dem Verfügungsakt offenbar nicht vorliegt, es kann hier von Bedeutung werden, ob derselbe seinem Inhalte nach den Verhältnissen entspricht und vernünftig ist. Unter Umständen ist sogar eine Trennung nicht unstatthaft, es können einzelne Verfügungen, als von der Krankheit eingegeben, bei Seite zu setzen sein, während andere unberührt bleiben. Doch wird sich der Richter selten zu solchem Verfahren entschließen.

15) L. R. I, 12 § 22. Es wird hier die Fassung gewählt „vor angeordneter Vormundschaft", vgl. aber oben Anm. 10.

16) L. R. I, 12 § 26. Ebenso nach gemeinem Rechte l. 29 C. de testamentis 6, 23, testator, qui neque scribere neque articulate loqui potest, mortuo similis est. Das ältere römische Recht hatte den Tauben und Stummen die Testamentsfähigkeit schlechthin entzogen, l. 6 § 1, l. 7, l. 16 pr. D. qui test. fac. 28, 1.

17) Mit dem aufgestellten Satze steht nicht in Widerspruch das Hofreskript vom 24. Juni 1802, welches nur eine angemessene Ergänzung vom L. R. I, 12 § 123 enthält

Taube, Stumme oder Blinde, die unter Vormundschaft gestellt wurden, weil sie an der Besorgung ihrer Angelegenheiten behindert sind,[19] verlieren um deswillen allein ihre Testirfähigkeit nicht.

4. Die Römer erachteten gerichtlich erklärte Verschwender schlechthin als testirunfähig.[20] Hierin konnte unter Umständen eine Härte liegen, aber es entsprach dem Zweck der Entmündigung, das Vermögen desselben seiner Familie zu erhalten. Nach preußischem Recht haben sie grundsätzlich Testirfähigkeit.[21] Doch verfügen sie frei nur bis zur Hälfte ihres Nachlasses, welche sie beliebig durch Erbeseinsetzungen oder Vermächtnisse ver-

---

und bestimmt, daß entsprechend A. G. O. II, 3 § 7 der Richter einem der Sprache vollkommen mächtigen Tauben, welcher Geschriebenes, eventuell Gedrucktes nicht lesen kann, die gesetzlichen Fragen durch zwei Dolmetscher, die sich der Zeichensprache bedienen, vorlegen soll, worauf derselbe mündlich testiren kann. Die Dolmetscher haben das Protokoll mit zu unterschreiben, können aber zugleich als Unterschriftszeugen dienen. Neues Archiv Bd. 3 S. 5. Viel weiter geht aber das Reskript vom 10. Mai 1806, demgemäß bezüglich des Testaments einer zum Sprechen unfähigen und des Schreibens unkundigen — nicht tauben — Person die Zeichensprache nach A. G. O. II, 3 § 7 zulässig sein soll, so daß sein auf Grund der Zeichensprache aufgenommenes Testament gültig wird, wenn es ihm verlesen und durch deutliche Zeichen von ihm bekräftigt wurde. Die Gesetzeskraft dieser Reskripte wurde als zweifelhaft angesehen durch das O. Trib. Bd. 32 S. 64 und von Koch zu L. R. I, 12 §§ 26, 123 geleugnet. Sie ist aber vollkommen nachgewiesen durch Thümmel a. a. O. S. 74. So auch Eccius Bd. 4 § 245 Anm. 13.

18) Justinian erklärt in der l. 10 C. h. t. die Taubstummen für unfähig zu testiren, offenbar in der Unterstellung, daß dieselben bildungsunfähig seien. Heutzutage jedoch erhalten die Taubstummen zum großen Theil Unterricht und werden in höherem oder geringerem Maße den vollsinnigen Kindern gleichgebildet. Windscheid Bd. 3 § 539 Anm. 7 erkennt daher nach gemeinem Recht ihre Testamentsfähigkeit für den Fall an, daß sie des Schreibens kundig sind, und es wäre folgerecht auch das mündliche Testament eines taubstumm Geborenen zulässig, wenn er ein lautrichtiges und daher verständliches Sprechen erlernt hat. Das preußische Recht hat besondere Bestimmungen über Taubstumme nicht. Es kann daher nicht bezweifelt werden, daß sie schriftlich testiren können, wenn sie der Schrift mächtig sind, und mündlich, wenn sie sich vollständig verständlich und lautrichtig auszudrücken wissen. R. G. Bd. 18 S. 306. Fraglich ist geworden, ob man in Gemäßheit des allerdings sehr weitgehenden Wortlautes des Reskripts vom 10. Mai 1806 — siehe oben in Anm. 17 — Testamente von Taubstummen, welche sich bloß durch Zeichen verständlich machen können, der Art gültig aufnehmen kann, daß ihre Willensmeinung durch Dolmetscher erforscht und dem Gerichte verständlich gemacht wird. Das O. Trib. Entsch. Bd. 32 S. 74 erklärt sich für die Verneinung, indem es davon ausgeht, daß das Reskript nur Fälle im Auge hat, in welchem der schreibensunkundige Stumme nicht auch taub ist. Dies wird man auch beim singulären Inhalt jenes Reskripts und bei der Unsicherheit darüber, ob die Deutung durch die Dolmetscher in der That den Willen des Taubstummen vollständig wiedergiebt, für richtig ansehen müssen.

19) Vgl. oben § 76 Ziff. 3.

20) l. 18 pr. D. qui test. facere possunt 28, 1. § 2 J. quibus non est permissum 2, 12. R. G. Bd. 19 S. 316.

21) L. R. I, 12 § 27 ff. Vgl. Gans Beiträge Bd. 1 S. 147 ff. Der Richter wird sich der Aufnahme des mündlichen Testaments des entmündigten Verschwenders über dessen ganzes Vermögen, nachdem er ihm das Rechtsverhältniß erklärt hat, nicht entziehen dürfen, da der Verschwender an sich testamentsfähig ist und es fraglich bleibt, ob seine gesetzlichen Erben von ihrem Rechte Gebrauch machen werden.

geben können;[22] die andere Hälfte soll der Verschwender seinem Ehegatten sowie seinen Verwandten bis zum 6. Grade nicht durch letztwillige Verfügungen entziehen. Verstirbt also der Erblasser in der Entmündigung und ist den gedachten Angehörigen desselben, welche ohne das Testament seine Erben wären, nicht die Hälfte ihrer gesetzlichen Portion verblieben, so haben sie ein Anfechtungsrecht.[23][24][25]

Nach denselben Grundsätzen sind letztwillige Verfügungen zu behandeln, welche der Verschwender, während das Entmündigungsverfahren über ihm schwebt, errichtet hat, falls die Entmündigung in Folge des Verfahrens beschlossen wird. Es gilt das Gleiche im Falle einer notariellen Verwarnung unter Aufnehmung einer Urkunde hierüber, wenn später die Entmündigung erfolgt.[26]

---

22) Koch dagegen behauptet — vgl. Kommentar zu § 29, Erbrecht § 17 S. 177 ff. — daß die gesetzliche Erbfolge über das Gesammtvermögen des Verschwenders eintreten müsse, und daß der Verschwender nur zu Vermächtnissen befugt sei, welche die Hälfte seines Vermögens nicht überschritten.

23) Die Klage richtet sich gegen die Testamentserben. Es fragt sich aber, wer zu belangen ist, wenn der Testator einem der gesetzlichen Erben dessen gesammtes gesetzliches Erbtheil zugewendet hat und neben demselben Fremde einsetzte, z. B. der Erblasser hat zwei Kinder A. und B., und er setzt A. auf die Hälfte des Gesammtvermögens ein, den Fremden C. aber auf die andere Hälfte. Hat B. sein Viertel der Erbschaft bloß von C. zu fordern oder hat er von A. und C. je $1/8$ zu verlangen? Bornemann System Bd. 6 S. 20 erklärt sich nach der vermuthlichen Meinung des Gesetzgebers für die erstere Ansicht. Dies ist auch richtig. Denn der Sinn der Verordnung des Erblassers ist, daß die Portion, die an sich auf den B. fiele, auf den C. übertragen wird, diesem gegenüber hat also der Verletzte auch sein Recht geltend zu machen. Nimmt man dies an, so entspricht die Entscheidung dem L. R. II, 2 § 435 für den Pflichttheil aufgestellten Grundsatz. Würde der Testator seinem Kinde A. $3/4$, dem Fremden C. $1/4$ vermacht haben, so würde A. von dem $1/4$ über seine Intestatportion die Hälfte, also $1/8$ und C. ebenfalls $1/8$ der Masse beizutragen haben. A. Ansicht hat Eccius Bd. 4 § 245 Anm. 22.

24) L. R. I, 12 § 31.

25) Ob die Gründe einer Enterbung vorliegen, ist im Gesetz nicht in Betracht gezogen. Bornemann Bd. 6 S. 20 ist jedoch mit Recht geneigt, Enterbung aus Gründen, welche die Entziehung des Pflichttheils rechtfertigen, zu gestatten. Hierfür ist auch Thümmel a. a. O. S. 33 nach dem Zwecke der Beschränkung, da das Gesetz nur Schutz der Familie gegen Leichtsinn und Rache des Testators bezweckte. Anderer Ansicht Koch zum § 34, Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 355, Eccius Bd. 4 § 245 Anm. 21.

26) L. R. I, 12 §§ 32. 33. Sommer in Ulrichs Archiv Bd. 14 S. 311 ff. nimmt an, daß die den Verwandten im § 32 und 33 gegebenen Rechte auch dann in Kraft blieben, wenn der als Verschwender Angeklagte das Erkenntniß nicht erlebe; denn derselbe werde durch das Erkenntniß entmündigt, weil er Verschwender sei, er werde aber nicht erst durch Erkenntniß Verschwender. Dem ist nicht beizustimmen. Der Angeklagte wird erst durch Zustellung des amtsgerichtlichen Beschlusses entmündigter Verschwender und nur ein solcher ist in der Testirfähigkeit beschränkt, wenn auch die Entmündigung eine gewisse Rückwirkung hat. Eine Fortsetzung des Verfahrens gegenüber dem bereits verstorbenen Verschwender ist unstatthaft. Es ist übrigens das oben Anm. 11 Ausgeführte entsprechend anzuwenden.

Der Verschwender kann seine vor wie während der Entmündigung gemachten letztwilligen Verfügungen aufheben.[27]

5. Nach römischem Recht konnten Personen, die an ihrer Testirfähigkeit zweifelten, keine letztwilligen Verfügungen errichten.[28] Dem preußischen Recht ist dies fremd.[29]

6. Die Testirfähigkeit mußte nach römischem Recht, soweit sie auf der Rechtsfähigkeit des Erblassers beruhte, im Augenblick der Testamentserrichtung und beim Tode des Erblassers vorhanden sein; soweit sie Ausfluß seiner Handlungsfähigkeit war, genügte, daß sie im Augenblick der Testamentserrichtung vorhanden war.[30] Nach preußischem Recht handelt es sich bei der Testirfähigkeit nur um die Handlungsfähigkeit,[31] folgerecht genügt ihr Vorhandensein zur Zeit der Testamentserrichtung; fehlt sie aber in jenem Zeitpunkt, so kann dies nicht dadurch ersetzt werden, daß der Erblasser die Testirfähigkeit später gewinnt.[32] Dies abgesehen vom Fall des Verschwenders, dessen während der Entmündigung errichtetes Testament mit Aufhebung derselben von selbst vollkräftig wird.[33]

§ 105. Verhinderung an der Errichtung einer letztwilligen Verfügung.[1]

1. Wer widerrechtlich einen Erblasser an der Errichtung eines letzten Willens, oder an dem Widerruf eines solchen verhindert, wird demjenigen gegenüber, welcher hierdurch beschädigt ist — in Folge einer actio doli — schadensersatzpflichtig.[2] Eine solche Widerrechtlichkeit kann sich unmittelbar gegen den Erblasser wenden, indem derselbe z. B. durch Zwang oder Be-

---

27) L. R. I, 12 § 34, Anhang § 42 zu § 565 des Titels. Nach römischem Recht war das Gegentheil das Folgerechte.

28) l. 15 D. qui test. 28, 1.

29) Auch bei allgemeiner Gütergemeinschaft ist der Ehegatte zur letztwilligen Verfügung über das ihm im Fall der Schichtung gebührende Vermögen einseitig befugt. L. R. II, 1 § 481, § 497 ff. Mehrere deutsche Partikularrechte lassen jedoch einseitige Verfügungen eines der gütergemeinschaftlichen Ehegatten nicht, oder nur unter Beschränkungen zu. Insbesondere sind in Westphalen Verfügungen von Todeswegen über das der allgemeinen Gütergemeinschaft unterworfene Vermögen bei beerbter Ehe den Ehegatten nur gemeinsam gestattet. Gesetz vom 16. April 1860 § 6, vgl. § 10 über die Rechte des überlebenden Ehegatten. Aehnlich in Bayreuth, Roth deutsches P. R. Bd. 2 § 108.

30) l. 18 pr., l. 19 D. qui test. facere 28, 1.

31) Vgl. oben § 104 im Text hinter Anm. 1.

32) L. R. I, 12 §§ 11. 12.

33) L. R. I, 12 § 30. Der § 13 d. T. spricht dies abstrakt aus für den Fall, „daß das Hinderniß auf dem Verbot eines positiven Gesetzes beruhte.“

1) Tit. Dig. si quis aliquem testari prohibuerit 29, 6, l. 2 C. eod. 6, 34. L. R. I, 12 § 605 ff.

2) Dies erkennt auch für das gemeine Recht u. A. an Vangerow Bd. 2 § 431 Anm. 1 unter 1. Mühlenbruch bei Glück Bd. 43 S. 484.

trug oder ihm beigebrachte Betäubungsmittel gehindert wird, sie kann aber auch durch Einwirkung auf andere Personen geschehen,[3] indem man z. B. die von dem Erblasser an das Gericht adressirten Schreiben unterschlägt oder die abgesendeten Boten böslicherweise zurückhält. Bloße, wenn auch dringliche Vorstellungen und Bitten, z. B. des Ehegatten, welcher den Kranken pflegt, begründen keine Ansprüche der hierdurch Benachtheiligten, sofern sich die Einwirkung nicht etwa zu Drohungen und ähnlichen offenbar unlauteren Mitteln steigert.[4] Denn daß auch der psychische Zwang in Betracht kommen muß, ist zweifellos.

An der Frage, wer durch die Nichterrichtung des Testaments beschädigt ist, wird freilich die Durchführung eines auf die Verhinderung gestützten Schadensanspruchs häufig scheitern, da es oft ungewiß bleiben wird, wen der Erblasser, wenn es zu einem Testament gekommen wäre, endlich berufen und was er zugewendet hätte. Die freie Beweiswürdigung in Schadensfällen erleichtert immerhin derzeit die Verwirklichung des Anspruchs. Hat Jemand die gerichtliche Uebergabe eines schon verfertigten Testaments verhindert, so erachtet das Landrecht schlechthin die darin Bedachten als befugt zur Schadensklage.[5] Wurde der Testator am beabsichtigten Widerruf einer letztwilligen Verfügung verhindert, so ergiebt sich der Entschädigungsberechtigte von selbst.[6]

2. Nach römischem Recht galt ferner, wer widerrechtlich den Erblasser an der Errichtung oder an dem Widerruf einer letztwilligen Verfügung hinderte, als unwürdig so, daß er zu Gunsten des Fiskus der Rechte verlustig ging, welche ihm als gesetzlichen Erben, oder in Folge eines früheren, oder des nicht widerrufenen Testamentes zustanden.[7] Das preußische Recht nimmt den gleichen Standpunkt ein, nur tritt nicht der Fiskus an die Stelle des Unwürdigen, sondern derjenige, welchem die fragliche Erbschaft oder auch ein Vermächtniß zugekommen wäre, wenn der Unwürdige zur Zeit des Todes des Erblassers nicht vorhanden gewesen wäre.[8] Dies greift selbst in dem Falle

3) Vgl. l. 1 pr. D. h. t., l. 2 pr. D. eod.

4) Es gilt also auch in dieser Hinsicht der Ausspruch der l. 3 C. h. t. judicium uxoris postremum in se provocare maritali sermone, non est criminosum.

5) L. R. I, 12 § 606. Es ist nicht anzunehmen, daß die Entschädigungsklage wegen Verhinderung nur in diesem Falle begründet sei.

6) L. R. I, 12 § 607.

7) l. 1 pr., l. 2 pr. D. h. t., l. 2 C. h. t. Schon ältere gemeinrechtliche Schriftsteller haben das Anrecht des Fiskus bestritten. Vgl. die bei Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 304 Anm. 2 angeführten Schriftsteller.

8) L. R. I, 12 §§ 605 und 607. Hinderung im Sinne dieser Gesetze liegt in Zwang, Betrug, andern unerlaubten Mitteln, vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 33 S. 57. — Nach Simon und Strampff Rechtsfälle Bd. 4 S. 81 verwarf das O. Trib. die Anwendung des § 605 in einem Fall, in welchem sich kinderlose Ehegatten wechselseitig zu Erben einsetzen wollten und sich hiervon durch das Versprechen der Mutter der Frau abbringen ließen, von ihrem gesetzlichen Erbrecht beim Tode der Tochter keinen Ge-

ein, daß der gesetzliche Erbe den Erblasser an der Errichtung oder dem Widerruf eines an sich nicht erheblichen Vermächtnisses hinderte. Denn es soll das in der Verhinderung liegende Vergehen gegen den Erblasser gestraft werden, und für dieses fällt der Werth der beabsichtigten Vergabung nicht entscheidend in das Gewicht.[9]

3. Von einer widerrechtlichen Verhinderung kann nicht die Rede sein, wenn der Erblasser noch längere Zeit, nachdem ihm das Hinderniß in den Weg gelegt war, lebte und ausreichende Zeit und die Möglichkeit hatte, eine letztwillige Verfügung zu machen oder zu widerrufen. Es ergiebt sich hier aus dem Benehmen des Testators, daß er mit der Nichtvornahme der von ihm geplanten Anordnungen letztlich einverstanden war.

Zweites Kapitel.

Form der Errichtung der letztwilligen Verfügungen.

§ 106. Geschichtliches.

I. Das römisch-justinianische Privattestament vor 7 Zeugen[1] wurde zwar als regelrechte Form der Testamentserrichtung in Deutschland recipirt und in der Notariatsordnung Maximilians I. von 1512 zum Gebrauch erläutert. Aber in dem praktischen Leben Deutschlands hat diese Form stets nur untergeordnete Bedeutung gehabt. Das römische Recht hatte als Nebenform das durch Ueberreichung an den Regenten vollzogene Testament sowie das Testament zu gerichtlichem Protokoll anerkannt,[2] namentlich das Letztere kam in Deutschland in häufigen Gebrauch. In älterer Zeit jedoch hatte die vom kanonischen Recht bestätigte Form der Errichtung vor dem Pfarrer und zwei Zeugen noch größere Verbreitung,[3] die Geltung solcher

---

brauch machen zu wollen, was dieselbe hinterher dennoch that. Diese Entscheidung war schwerlich gerechtfertigt.

9) L. R. I, 12 §§ 605 und 607 sprechen nur von der Verhinderung der Errichtung bezw. des Widerrufs eines „Testaments". Bornemann Bd. 6 S. 130ff. versteht den § 605 buchstäblich, weil er die Strafe des Verlustes der gesetzlichen Erbschaft für den Fall der verhinderten Errichtung eines Kodicills für zu hart hält, und will nur die allgemeinen Vorschriften über den Ersatz des durch unerlaubte Handlungen verursachten Schadens maßgebend sein lassen. So auch Koch zu § 605 des Titels. Allein die Bestimmung ist nicht zu hart, die Verletzung des Erblassers wird vielmehr nur entsprechend geahndet. Der Ausdruck „Testament" ist hier, wie in so vielen andern Fällen, als Bezeichnung für jede einseitige letzwillige Verfügung gewählt. Dieser Ansicht ist auch Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 304.

1) § 3ff. J. de test. ordinandis 2, 10.

2) l. 19 C. de testamentis 6, 23.

3) Cap. 10 X. de testamentis 3, 26 von Alexander III. bestätigte eine in diesem Sinne ausgebildete Gewohnheit.

Testamente kam seit der Reformation in Schwanken.[4] Statutarisch genügte vielfach die Zuziehung einer gewissen Anzahl von Zeugen. Die Landesordnung Johann Georgs von 1594 für die Kurmark hält solche statutarische Bestimmung für zulässig und erachtet, hiervon abgesehen, auch Testamente vor dem Landesherrn, vor bestelltem Kammergericht, vor Unterobrigkeiten auf dem Lande, Rath oder Gerichten in Städten, oder auch in Gegenwart des Pfarrherrn und zweier Zeugen für rechtsbeständig wie ein zierliches Testament.[5] In der Konstitution Friedrich Wilhelms I. vom 3. September 1718 für die Kurmark[6] wurde zuerst behufs Verhütung unnöthiger Prozesse die Gerichtlichkeit der Testamente schlechthin vorgeschrieben, und nur nachgegeben, daß auf den Dörfern die Errichtung vor Notar und zwei, oder bei nicht eigenhändigen Urkunden drei Zeugen[7] in Ermangelung einer gegenwärtigen Gerichtsobrigkeit genüge. Doch wurde bald deklarirt, daß sich dies auf die Fälle privilegirter Testamentserrichtung nicht beziehe.[8] Auch ließ man später wieder außergerichtliche Testamente zu, selbst wenn copia judicis vorhanden war.[9] Das Projekt des corpus juris Fridericiani kam auf die Nothwendigkeit der Gerichtlichkeit zurück[10] und wollte andere Testamente, welche, wie der Gesetzgeber bemerkt, bisher mehrentheils von unerfahrenen notariis, Priestern, Prokuratoren und anderen Umläufern fabricirt werden, nicht mehr als genügend ansehen.

II. Diesen Grundgedanken hielt man auch bei Abfassung des Landrechts fest. Testamente, nahm man an, erforderten um deswillen einen stärkeren und zuverlässigeren Beweis über die Gewißheit des Willens und bestimmtere und festere Formen als Geschäfte unter Lebendigen, weil die Wahrheit und Richtigkeit derselben erst nach dem Tode des Testators zur Sprache komme, wo Niemand mehr vorhanden sei, welcher über die Sache Auskunft geben und die Mittel, vorgefallene Betrügereien und Unrichtigkeiten ans Licht zu bringen, suppeditiren könne.[11]

4) Vgl. Glück Bd. 34 S. 185. Roth in Hauser's Ztschr. für Reichsrecht Bd. 1 S. 208 ff.

5) Landesordnung von Johann Georg Th. III, cap. 37 in C. C. M. vol. VI, Abth. 3 S. 120. Es ergiebt sich aus dieser Stelle der Usus der damaligen Zeit. Ueber den Rechtszustand in Schlesien vgl. Pfaff und Hofmann Exkurse zum Kommentar des östr. b. Gesetzb. Bd. 2 S. 96. Eine sanctio pragmatica von 1701 verbot, Testamente zu den Zeugen zur Unterschrift herumzuschicken.

6) Konstitution wegen Abkürzung der Prozesse in der Churmark vom 3. September 1718 § 38, C. C. M. II, S. 654.

7) So deklarirte Deklaration vom 29. April 1721 n. VII, C. C. M. Th. II, Abth. 1 S. 718.

8) Deklaration vom 24. April 1720 C. C. M. Th. II, Abth. 1 S. 692.

9) Rescriptum declaratorium vom 17. December 1723 C. C. M. Th. II, Abth. 1 S. 738.

10) Projekt des corpus juris Fridericiani von 1751 part. II, lib. VII, tit. 2 § 13.

11) Suarez Schlußvorträge in v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 76.

Gerichtlichkeit ist also nach preußischem Recht rechtmäßiges Erforderniß für Kodicille wie für Testamente.[12] Immerhin bestehen erhebliche Ausnahmen.

Nicht bloß Gerichtlichkeit wurde verlangt, zahlreiche andere Vorschriften sollten den letzten Willen der Parteien sichern. Dies führte jedoch zu einem verwickelten Formalismus. Es kann daher nach preußischem Recht leicht geschehen, daß ein zweifelloser Wille des Erblassers wegen eines Fehlers in den Formen die Kraft verliert.[13]

Die Vorschriften über die Form letztwilliger Verfügungen sind zwingende. Daher haben Anordnungen des Erblassers, wonach künftige letztwillige Verfügungen an bestimmte Formen oder Merkmale geknüpft sein sollen, regelmäßig keine Kraft.

§ 107. Die Urkundspersonen. Das Testamentsgericht.

1. Testamentsgericht ist derzeit das Amtsgericht.[1] Es ist innerhalb seines Gerichtssprengels zur Aufnahme letztwilliger Verordnungen berechtigt, ohne daß es eines Zuständigkeitsverhältnisses bedarf.[2] Auch eine außerhalb seines Gerichtsbezirks vom Richter aufgenommene letztwillige Verfügung ist nicht ungültig;[3] die Ueberschreitung der Grenzen des Bezirks ist aber, wenn sie ohne zureichende Gründe geschieht, als eine Pflichtwidrigkeit anzusehen und kann Seitens der Aufsichtsbehörde geahndet werden.[4]

---

12) L. R. I, 12 § 66.

13) Ueber die Form der Testamente ist zu vergleichen: Otto Thümmel die Errichtung des letzten Willens nach preußischem Recht, Halle 1865.

1) Durch die Verordnung vom 2. Januar 1849 §§ 18. 21. 22 wurden die erstinstanzlichen Gerichte, also damals die Kreis- und Stadtgerichte, sowie deren Deputationen und Gerichtskommissarien zur Aufnahme letztwilliger Verfügungen berufen. An die Stelle traten die Amtsgerichte nach dem Ausführungsgesetz zum G. V. G. vom 24. April 1878 § 26 Ziff. 2, vgl. § 27.

2) Vgl. L. R. I, 12 § 72. Der Amtsrichter, zu dessen Sprengel landrechtliches Gebiet gehört, kann in den Formen des Landrechts Testamente aufnehmen, auch wenn am Gerichtssitze Landrecht nicht gilt, Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 10.

3) Es war gemeinrechtliche Kontroverse, ob ein Richter außerhalb seines Gerichtssprengels Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere Testamente, gültig aufnehmen könne. Vgl. Berger oeconomia juris lib. 2 tit. 4 th. 2 not. 6, welcher auf Grund einer dem preußischen Landrecht vorbildlichen sächsischen Konstitution die Frage bejaht. So auch allgemein A. G. O. II, 2 § 10, und speciell für Testamente L. R. I, 12 § 73, vgl. Striethorst Archiv Bd. 44 S. 17 ff.

4) L. R. I, 12 § 74 ff. Es werden hier Fälle aufgeführt, in welchen die Errichtung des Testaments durch Richter außerhalb des Sprengels gerechtfertigt ist, ja Amtspflicht sein kann, z. B. wenn der ordentliche Richter Intestaterbe des Testators ist oder zum Testamentserben ernannt werden soll. Der Richter, welcher ein Testament außer seinem Gerichtsbezirk aufgenommen hat, soll innerhalb 8 Tagen dem Richter des bezüglichen Bezirks Nachricht geben und ihm die Testamentsurkunden zur Verwahrung übersenden. Es genügt, daß dem aufnehmenden Richter die Sache als dringliche vorgetragen wurde und er sie dafür halten konnte, um sein Vorgehen zu rechtfertigen. Justizministerialreskript vom 31. März 1841 bei Rönne zu § 73 des Titels. Das L. R. schrieb vor, daß der Richter, welcher ohne genügende Gründe die Grenzen seines Ge-

2. Nach Landrecht galt als die regelrechte Form, daß der Erblasser vor dem Kollegialgericht, wenn dasselbe in seinen ordentlichen Sitzungen an den gewöhnlichen Orten versammelt war, seinen letzten Willen erklärte oder übergab.[5] Für schlechthin nothwendig erachtete man jedoch nur, daß die Errichtung mindestens geschehe vor einem das Gericht vertretenden Mitgliede desselben und einem vereideten Protokollführer.[6] Deshalb galt der Vorsitzende des Gerichts als befugt, einen Richter und einen Aktuar durch besonderen Auftrag zur Aufnehmung des Testaments im Gerichtslokal oder außerhalb desselben zu bevollmächtigen[7] oder auch — was an größeren Orten und bei zahlreicher besetzten Gerichten geschah — beständige Deputationen zur Aufnahme der Testamente zu ernennen.[8] Eine besondere, entweder specielle oder generelle Kommittirung durch den Vorsitzenden war Bedingung der Geltung des Testaments. Im Laufe der Zeit wurden Testamente vor einem beauftragten Richter ausschließlich gebräuchlich.

3. Seit Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze hat jedes Mitglied eines Amtsgerichts die Befähigung zur Aufnahme von Testamenten, auch wenn ihm diese Aufgabe bei der Geschäftsvertheilung nicht zugetheilt ist, die Aufnahme des Testaments durch ihn also gegen die Dienstordnung verstoßen sollte.[9][10]

---

richtsbezirks überschritt, dem ordentlichen Richter die Gebühren herausgeben müsse. Dies hing mit der früheren Gerichtsverfassung zusammen. Auf die Diäten, die nur eine Entschädigung bilden sollen, läßt sich dies nicht beziehen.

5) Vgl. L. R. I, 12 § 87.

6) L. R. I, 12 § 82.

7) L. R. I, 12 §§ 88. 89. Es war streitig, ob der Auftrag schriftlich geschehen müsse. Das O. Trib. hat dies mit Recht verneint — Entsch. Bd. 62 S. 94 — denn wenn auch die §§ 4 und 5 der A. G. O. II, 2 von einem förmlichen Auftrage und von einer förmlichen Deputation sprächen und der § 4 A. G. O. II, 4 die schriftliche Ernennung voraussetze, so sei doch im § 139 des Titels 12 des L. R. nur an die Beobachtung der dort gegebenen Normen, nicht aber an das Ganze der in der Gerichtsordnung aufgestellten Vorschriften die Gültigkeit des Testaments geknüpft.

8) Streitig war, ob eine allgemeine Ernennung einer Deputation durch den Gerichtsvorsitzenden für einen bestimmten Zeitraum Geltung habe, oder ob für jeden einzelnen Fall eine specielle Abordnung nöthig sei. Das Letztere hat namentlich Koch hartnäckig vertheidigt, wobei er sich auf den im § 89 des Titels gebrauchten Ausdruck „besonderer Auftrag" stützte. Die Meinung Koch's ist jedoch nicht begründet, und weder vom Justizministerium, noch vom Obertribunal anerkannt. Der Ausdruck „besonderer Auftrag" ist hier offenbar nur gebraucht, um festzustellen, daß die Eigenschaft als Mitglied des bezüglichen Kollegialgerichts nicht ausreiche. Es war damit nicht ein specieller Auftrag für den einzelnen Fall erfordert. Hiernach gab es stets an größeren Orten in Gemäßheit der allgemeinen Ermächtigung der A. G. O. II, 2 § 3 ein- für allemal ernannte Deputationen zur Aufnahme von Testamenten. So auch Geschäftsregulativ vom 18. Juli 1850 §§ 19. 35. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 67 S. 44. Nachträgliche Genehmigung ersetzte den Auftrag des Richters nicht vgl. Koch zu § 84 des Titels.

9) Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 § 23 Abs. 2.

10) Nach dem Gesetz vom 6. Mai 1869 über die juristischen Prüfungen § 8 Abs. 2 waren Referendarien nach anderthalbjähriger Beschäftigung befugt, letztwillige Verord-

4. Dem Richter liegt ob, bei der Aufnahme der letztwilligen Verfügungen mit Sorgfalt darauf zu achten, daß künftige Streitigkeiten möglichst vermieden werden.[11] Er hat sich, soweit dies nicht gerichtsbekannt ist, zu überzeugen, daß der Testirende derjenige sei, für den er sich ausgiebt, und im Protokolle zu vermerken, daß und wie dies geschah, z. B. durch Rekognitionszeugen. Sofern sich der Richter sofort Gewißheit über die Identität nicht verschaffen kann, hat er das Testament aufzunehmen und über sein Bedenken, sowie über die etwa beigebrachten Nachweise einen entsprechenden protokollarischen Vermerk zu machen.[12] Nicht weniger liegt dem Richter ob, durch schickliche Fragen die geistige Verfügungsfähigkeit des Testators festzustellen und den Befund im Protokoll niederzulegen. In zweifelhaften Fällen hat er Sachverständige zuzuziehen, wenn aber die Sache keinen Aufschub leidet, die Handlung zwar aufzunehmen, aber die Umstände, welche Zweifel erregen, zu beurkunden.[13] Ueberhaupt hat er sein Augenmerk darauf zu richten, ob und inwieweit der Erblasser letztwillig verfügen kann.[14] Bei Personen unter 18 Jahren, wie auch in andern Fällen, wenn dies nach den Umständen angezeigt scheint, soll sich der Richter vergewissern, daß sie nicht durch List oder durch andere unzulässige Einwirkung zu der beabsichtigten Verfügung verleitet worden.[15] Er darf zu diesem Zweck diejenigen Personen entfernen, unter deren Einfluß der Testator stehen könnte.

Bei der Aufnahme des mündlichen Testamentes ist vom Richter vorzukehren, daß die Anordnungen unzweideutig getroffen werden, auch ist der Testator auf die Rechte etwaiger Pflichttheilsberechtigten aufmerksam zu machen. Nicht bloß die nothwendigen gesetzlichen Formen, sondern auch die instruktionellen Vorschriften der Gesetze hat der Richter zu beobachten. Korrekturen im Protokoll bei Hauptsachen sind zu vermeiden, Zusätze oder Verbesserungen sollen am Rande oder am Schluß geschehen und sind besonders zu unterschreiben, die vorkommenden Summen sollen mit Buchstaben ausgeschrieben werden.[16] Bei schriftlichen versiegelt übergebenen Testamenten soll die Zahl der Siegel und die etwaige Aufschrift im Protokoll vermerkt werden.[17] Endlich

---

nungen aufzunehmen; nach dem Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 § 2 Abs. 3 sind Referendarien zur Aufnahme letztwilliger Verordnungen überhaupt nicht befähigt.

11) L. R. I, 12 § 141.

12) L. R. I, 12 § 142 ff., A. G. O. II, 2 § 23. Ob ein Rekognoscent genügt, ist Sache richtlichen Ermessens. Selbstverständlich können auch Frauen Rekognitionszeugen sein. Thümmel a. a. O. S. 23.

13) L. R. I, 12 § 145 ff. Vgl. oben § 104 Anm. 12ᵃ.

14) L. R. I, 12 § 151.

15) Vgl. L. R. I, 12 § 152.

16) Abkürzungen sind zu vermeiden. Ueber dies Alles L. R. I, 12 § 153—156.

17) L. R. I, 12 § 157 über die Unterschrift vgl. unten § 111.

hat der Richter auch für Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Niederlegung und Aufbewahrung der Testamente Sorge zu tragen.

5. Gemeinrechtlich ist zwar die Zuziehung eines Protokollführers beim Testirakt gebräuchlich, doch ist die überwiegende Meinung der gemeinrechtlichen Juristen, daß dieselbe nicht unumgänglich sei.[18] Das preußische Recht verlangt die Zuziehung eines vereideten Protokollführers schlechthin.[19] Es ist nicht schlechthin nothwendig, daß der Protokollführer zu den Geschäften des Gerichts vereidet ist, wenn er nur ein zu öffentlichen Geschäften staatlich vereidigter Beamter ist, so daß man z. B. die Zuziehung eines Stadtsyndikus für ausreichend erklärt hat;[20] auch ein Richter kann das Amt des Gerichtsschreibers übernehmen.[21] [22] Die Stelle des Gerichtsschreibers können endlich 2 vereidete Schöppen versehen.[23]

Die Aufgabe des Protokollführers ist, das Niederschreiben des Testaments beziehungsweise des Protokolls über dessen Abnahme, wie es ihm der Richter in die Feder diktirt,[24] zu besorgen, darauf zu achten, daß die Verhandlungen dem Hergange genau entsprechend niedergeschrieben werden, hierbei das Vorkommen von Irrthum oder Mißverständniß möglichst zu verhüten und durch dieses Alles die Kontrole über die Thätigkeit des Richters möglich zu machen.[25]

---

18) Leyser med. vol. V, spec. 354 med. 2, Behmer novum jus controversum obs. 57 p. 407. Hiernach auch Präjudiz des O. Trib. 1111. Vgl. besonders Glück Bd. 34 S. 215.

19) L. R. I, 12 § 82. Der Protokollführer ist auch dann unumgänglich, wenn der Testator ausdrücklich erklären sollte, daß er dessen Zuziehung nicht verlange, A. G. O. II, 2 § 21. Nach der Deklaration vom 24. März 1839 ist es nicht nothwendig, daß der Protokollführer den Auftrag, bei der Testamentsaufnahme mitzuwirken, vom Gerichtsdirigenten hat.

20) Kamptz Jahrb. Bd. 14 S. 275. Die dort mitgetheilte Entscheidung des Obertribunals wird zwar vielfach angefochten. So von Koch Erbrecht S. 574 ff. Da aber das Gesetz nicht ausdrücklich einen beim Gericht angestellten Protokollführer fordert, so ist es nicht Sache der Interpretation, durch Einengung seiner Worte einen Nichtigkeitsgrund zu schaffen.

21) Bornemann Bd. 6 S. 24 ff. Anwälte und Notare können nach A. G. O. II, 2 § 19 die Stelle des Protokollführers nicht vertreten.

22) Die Vereidigung soll vor Aufnahme des Testaments geschehen A. G. O. I, 25 § 55. Ob nachher erfolgende Vereidigung gleichfalls genügt? Wir würden dies für gleichstehend einer vorgängigen erachten. Anderer Ansicht aber Bornemann Bd. 6 S. 25 u. A.

23) L. R. I, 12 § 83. Die ständigen Schöppen werden nach § 27 der Kreisordnung vom 13. December 1872 von dem Landrath oder in seinem Auftrage von dem Amtsvorsteher vereidigt. Solche beständige Schöppen sollen in der Regel zugezogen werden, der Richter kann in dringenden Fällen aber auch Schöppen ad hoc vereidigen. L. R. I, 12 § 84. Bloße Zeugen genügen nicht.

24) A. G. O. I, 25 § 63. Es genügt nicht, daß das Protokoll vom Richter selbst aufgenommen und vom Protokollführer bloß unterzeichnet wird, weil hierdurch die gesetzlich geforderte Kontrole über die Thätigkeit des Richters abgeschwächt wird. So Thümmel Errichtung des letzten Willens S. 49. Anders Entsch. des O. Trib. Bd. 13 S. 197 ff. Bornemann Bd. 6 S. 28, Zürn Erbr. S. 18.

25) Vgl. übrigens Striethorst Archiv Bd. 52 S. 133.

Sind nur Gerichtsschöppen beigezogen, so hat der Richter das Protokoll selbst niederzuschreiben,[26] ohne daß es jedoch nichtig wird, wenn er es einem Schöppen in die Feder diktirt.[82]

Das eigene Testament kann man nicht als Richter oder Protokollführer abnehmen. Der Richter soll bei Testamenten naher Angehöriger nicht mitwirken, geschieht dies dennoch, so ist das Testament nicht nichtig.[28 29]

Richter und Protokollführer haften beide für grobe und mäßige Versehen.[30]

---

26) A. G. O. I, 25 § 51. Das Niederschreiben durch den Schöppen ist als eine Verstärkung der Kontrole anzusehen und daher keinenfalls unzulässig.

27) A. G. O. II, 2 § 44. Das O. Trib. hat Entsch. Bd. 13 S. 197 erkannt, daß es keine Nichtigkeit erzeuge, wenn einer der zugezogenen Gerichtsschöppen sich während der mündlichen Erklärung des Testaments nicht ununterbrochen anwesend befunden habe, sofern nur das vollständig besetzte Gericht bei der Verlesung, Genehmigung und Vollziehung des Protokolls gegenwärtig gewesen sei. Es ist aber nach L. R. I, 12 § 104 bei Aufnahme eines mündlichen Testaments Alles zu beobachten, was zu einem gehörigen gerichtlichen Protokoll gehört, und für dieses fordert A. G. O. I, 25 § 50, daß die bei dessen Aufnahme mitwirkenden Personen von Anfang der Verhandlung bis zu Ende gegenwärtig sind. Die Gegenwart bei der Verlesung des Protokolls und dessen Genehmigung durch den Testator sichert nicht schlechthin, daß das Protokoll genau mit dessen mündlichen Erklärungen stimmt und kein Mißverständniß unterläuft. Vgl. des Weiteren die durchaus zutreffende Ausführung von Thümmel a. a. O. S. 53.

28) Thümmel a. a. O. S. 11 ff. nimmt — in Uebereinstimmung mit Bornemann Bd. 6 S. 30 — an, daß der Richter sich der Auf- und Abnahme des letzten Willens seiner Ehegattin oder derjenigen Personen, mit denen er in auf- und absteigender Linie oder bis zum vierten Grade der Seitenlinie verwandt oder verschwägert ist, sowie solcher Testamente, bei denen ein erhebliches Interesse von vornherein hat, zu enthalten habe und daß die Verletzung dieser Vorschriften die Nichtigkeit des Testaments nach sich zieht. Hierbei beruft sich Thümmel vorzugsweise auf A. G. O. III, 3 § 13, welche die Enthaltung des Richters in derartigen Sachen vorschreibt. Mag man nun aber auch diese Bestimmung, welche zunächst Prozeßsachen betrifft, auf die Akte der freiwilligen Gerichtsbarkeit mitbeziehen, so folgt hieraus nicht die Nichtigkeit des gleichwohl vorgenommenen Aktes. Dieselbe ist nicht um deswillen selbstverständlich, weil das Gesetz die Vornahme des Aktes verbietet, denn hieraus ergiebt sich noch nicht schlechthin, daß dem Richter die bezügliche Fähigkeit mangelt. Das Notariatsgesetz vom 11. Juli 1845 kann in dieser Hinsicht nicht zur Erklärung der landrechtlichen Vorschriften dienen. Das Landrecht giebt genaue Vorschriften über die Erfordernisse der Gültigkeit des Testaments und berührt namentlich auch die Frage der Zuständigkeit des Richters. Man wird daneben nicht leicht eine Nichtigkeit bloß aus allgemeinen Grundsätzen konstruiren dürfen. So das O. Trib. Entsch. Bd. 20 S. 132 ff. Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 13. — Thümmel a. a. O. S. 21 ff. erkennt an, daß die persönlichen Beziehungen des Protokollführers zum Testator die Geltung des Testaments nicht berühren.

29) Der Richter wird auch einen Protokollführer oder Schöppen, mit dem er im Verhältniß der nahen Verwandtschaft oder Verschwägerung steht, nicht zuzuziehen haben. Das Notariatsgesetz vom 11. Juli 1845 § 8 ist jedoch keinenfalls anwendbar und eine Nichtigkeit im Fall der Zuwiderhandlung findet nicht statt. Vgl. aber Thümmel a. a. O. S. 22.

30) L. R I, 12 § 140. Der Richter soll auch, wenn er durch Vernachlässigung der instruktionellen Vorschriften zu Prozessen Veranlassung gab, die Kosten tragen, L. R. I, 12 § 158. Die Haftung des Protokollführers, vom Gesetz nicht besonders ausgesprochen, ergeben die allgemeinen Grundsätze.

§ 108. Zeugen und Dolmetscher.

I. Die Beurkundung des römischen Privattestaments geschah bekanntlich vor 7,[1] die des Privatkodicills vor 5 Zeugen;[2] war der Erblasser zur Leistung der Unterschrift nicht im Stande, so hatte er zu deren Bewirkung an seiner Statt einen achten, beziehungsweise sechsten Zeugen zuzuziehen.[3] Die Zeugenfähigkeit war durch besondere Eigenschaften bedingt.[4] Fähig waren nur mündige Männer und römische Bürger, und es bedurfte der aktiven Testamentsfähigkeit,[5] wonach z. B. entmündigte Verschwender, Ketzer, Apostaten unfähig waren. Es war auch unfähig der Erbe, und wer mit dem Erblasser oder Erben durch Hausgewalt verbunden war; fähig war der Legatar und der mit ihm durch Hausgewalt Verbundene.[6] Keiner Zeugenzuziehung bedurfte es beim gerichtlichen Testament. Dies selbst dann, worüber man gemeinrechtlich stritt, wenn der Testator nicht unterschreiben konnte.

II. Das preußische ordentliche gerichtliche Testament verlangt dagegen die Zuziehung von 2 Zeugen außer dem Richter und Protokollführer, wenn der Testator die von ihm bei der Testamentserrichtung zu vollziehenden Urkunden nicht unterschreiben kann. Diese s. g. Unterschriftszeugen haben in der Testamentsurkunde und bei einem gerichtlich übergebenen Testamente in dem Annahmeprotokoll schriftlich zu bezeugen, daß der Testator in ihrer Gegenwart sein Handzeichen statt der Unterschrift machte, oder falls er hierzu außer Stande zu sein bekennt, in ihrer Gegenwart erklärte, daß ihm die fraglichen Urkunden vorgelesen seien und daß er deren Inhalt genehmige.[7]

Was die Befähigung der Unterschriftszeugen anlangt, so besteht in der Wissenschaft Streit, indem Viele die Fähigkeit als Notariatszeuge zu dienen, zum Maßstab machen. Indessen hat dies die Praxis nicht anerkannt, die Anforderungen vielmehr auf das Unerläßliche beschränkt.[8]

---

1) § 3 J. de testamentis ordinandis 2, 10.

2) l. 8 § 3 C. de codicillis 6, 36.

3) l. 21 pr. C. qui test. 6, 22. Es ist übrigens bestritten, ob der s. g. octavus subscriptor, „Testamentszeuge" ist, Vangerow Pand. Bd. 2 § 445 n. 2a.

4) Ueber das Einzelne und die Streitfragen siehe Glück Bd. 34 S. 310ff. Windscheid Bd. 3 § 542.

5) l. 18 pr. D. qui test. facere possunt 28, 1, § 6 J. de test. ordinandis 2, 10. Absolut ist dieser Grundsatz nicht durchgeführt. Vgl. übrigens Glück Bd. 34 S. 310ff.

6) l. 20 pr. § 2 D. qui test. facere possunt 28, 1, §§ 9. 10 J. l. c.

7) L. R. I, 12 §§ 115. 116. 122. Vgl. Kam. Ger. Bd. 4 S. 65, R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 989, Bd. 36 S. 1002.

8) L. R. I, 12 § 117 spricht aus, daß die Unterschriftszeugen die Fähigkeit gültiger Instrumentszeugen besitzen sollen, und § 118 fährt fort, daß sie insbesondere nicht zur Ablegung eines Zeugnisses überhaupt nach Vorschrift der Prozeßordnung unfähig sein dürfen. Die Erfordernisse des Prozeßzeugnisses bestimmte A. G. O. I, 10 § 227. Hinsichtlich der nothwendigen Eigenschaften von Instrumentszeugen bei gerichtlichen und notariellen Urkunden fehlen aber in der A. G. O.

Hiernach ist verlangt, daß die Unterschriftszeugen männlichen Geschlechts sind,[9] Eidesmündigkeit besitzen[10] und daß sie nicht Geisteskranke oder Schwachsinnige, welchen die Fähigkeit fehlt, den Testamentsvorgang richtig aufzufassen, nicht Blinde oder Taube sind.[11] Daß die Zeugen im Stande sein müssen, ihren Namen zu schreiben, ergiebt sich aus ihrem Geschäft.[12] Auch die bürgerlichen Ehrenrechte sollen ihnen nicht entzogen sein.[13] Endlich ist nicht zuzuziehen, wer in dem Testament oder Kodicill zum Erben eingesetzt oder mit einem Vermächtniß bedacht ist,[14] und wer in den Privatangelegen-

---

besondere Bestimmungen. Zur Ausfüllung der Lücke hat man das Notariatsgesetz vom 11. Juli 1845 herbeigezogen, welches über die nothwendigen Eigenschaften der notariellen Instrumentszeugen umfassende Vorschriften giebt. Diese Auffassung hat insbesondere an Gruchot Beitr. Bd. 1 S. 205 ff. einen Vertheidiger gefunden, mehr oder weniger sind ihm auch die Späteren gefolgt. Durch diese Ergänzung würden jedoch die Fälle der Unfähigkeit erheblich vermehrt, es würden unter Andern Ausländer, Minderjährige, mit der Entziehung des Gemeindestimmrechts wegen Unwürdigkeit Betroffene, eines öffentlichen Amtes Entsetzte, ferner entmündigte Verschwender wie unfähige notarielle, so auch unfähige Testamentszeugen sein. Das Obertribunal hingegen hat mit Recht daran festgehalten, daß die Notariatsordnung sich nur auf Notariatsurkunden beziehe, so daß ihre weitgehenden Beschränkungen und Unfähigkeitsgründe nicht analog auf die Aufnahme gerichtlicher Testamente anwendbar seien. Vgl. Entsch. Bd. 22 S. 133 und Bd. 63 S. 112. Die Gründe der Unfähigkeit der Zeugen sind daher zu entwickeln einmal aus den bezüglichen besonderen Bestimmungen des Landrechts, aus A. G. O. I, 10 § 227 und aus der Natur der Sache, wobei man sich in den engsten Grenzen zu halten hat.

9) L. R. I, 12 § 115 fordert die Bezeugung des Handzeichens durch zwei glaubwürdige „Männer". Es sind also, wie auch das O. Trib. bei Simon Rechtssprüche Bd. 1 S. 263 angenommen hat, Weiber zur Bezeugung des Handzeichens unfähig.

10) Ausdrücklich ist Eidesmündigkeit weder in den bezüglichen Bestimmungen des L. R. noch in A. G. O. I, 10 § 227, worauf L. R. I, 12 § 118 verwiesen wird, als nothwendig bezeichnet. Das Erforderniß versteht sich von selbst; auch können Eidesunmündige noch nicht als „Männer" gelten. Nach R. C. P. O. § 358 unter 1 tritt die Eidesmündigkeit mit dem vollendeten 16. Jahre ein.

11) A. G. O. I, 10 § 227. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 1002. Es wird nie vorkommen, daß man Taube, die lesen können, als Unterschriftszeugen zuzieht, obgleich die Unfähigkeit streng genommen nur auf Taube, die nicht lesen können, vom Gesetz beschränkt ist.

12) Es ist bestritten, ob genügt, wenn die Zeugen die Fähigkeit haben, ihren Namen zu schreiben, oder ob sie auch im vollen Besitz der Lesenskunde sein müssen, ob sie also nicht zu den Analphabeten gehören dürfen nach dem oben Bd. 1 § 103 Anm. 1 entwickelten Begriff. Die meisten Schriftsteller schließen Analphabeten schlechthin aus, weil sie eben die Anforderungen an notarielle Zeugen hierher übertragen. Die Analogie der Notariatszeugen ist aber auch hier zurückzuweisen. Es fragt sich also nur, ob der Natur der Sache nach für die Unterschriftszeugen mehr als das oben Angeführte nöthig ist? Dies ist zu verneinen.

13) Dies nach der allgemeinen Bestimmung des Reichsstrafgesetzbuches § 34 unter 5.

14) L. R. I, 12 § 119. Ob die Folge der Zuziehung des Erben oder Legatars schlechthin Nichtigkeit des bezüglichen Testaments oder Kodicills sein soll, oder ob nur die bezügliche Zuwendung an den Schreibzeugen ungültig ist, oder ob selbst dies — abgesehen von den Bestimmungen, die § 135 ff. trifft — nicht schlechthin der Fall ist, vielmehr zunächst nur eine Instruktion an den Richter vorliegt, ist zweifelhaft. Der Ausdruck „kann als Zeuge nicht gebraucht werden" ist bei der in solchen Beziehungen nicht präcisen Sprachweise des Landrechts nicht entscheidend. Das O. Trib. hat sich

heiten des Richters wegen naher Verwandtschaft oder persönlicher Verbindung ein Zeugniß für denselben abzulegen unfähig ist.[15] [16]

Ein Dolmetscher ist zuzuziehen, wenn sich der Erblasser bei Errichtung des letzten Willens einer andern als der deutschen Sprache bedient,[17] doch kann dessen Zuziehung unterbleiben, wenn die bei der Aufnahme des Aktes betheiligten Personen sämmtlich der fremden Sprache mächtig sind.

Dolmetscher sind die Personen, welche bei einem Gericht oder bei einer öffentlichen Behörde oder Anstalt zum Uebersetzen aus einer Sprache in die andere förmlich angestellt sind. Sie werden im Allgemeinen vereidigt; ebenso widerruflich bestellte Hülfsdolmetscher. Für den Einzelfall beauftragte Dolmetscher sind besonders zu vereidigen. Der Dienst des Dolmetschers kann von dem Gerichtsschreiber oder Protokollführer wahrgenommen werden, sofern diese Personen als Dolmetscher angestellt sind. Die Dolmetscher bedürfen der Eigenschaften der Unterschriftszeugen.

§ 109. Erbunfähigkeit bei der Errichtung mitwirkender Personen.

I. Die Römer suchten die Reinheit ihrer Privattestamente dadurch zu schützen, daß sie in denselben zu Gunsten des Schreibers des Testamentes getroffene Verfügungen für strafbar erklärten und als nichtig behandelten, wenn sie der Testator nicht speciell eigenhändig bestätigt hatte.[1] [2] Im neueren Recht tritt die Gefahr eines Mißbrauches beim Niederschreiben des Entwurfes mehr in den Hintergrund. Es schadet daher der Gültigkeit einer letztwilligen

— Striethorst Archiv Bd. 77 S. 66 und Entsch. Bd. 63 S. 120 — dafür entschieden, daß nur eine Anweisung an den Richter vorliege, „Legatare" nicht zu verwenden.

15) L. R. I, 12 § 120. Auf Dienstboten des Richters bezieht sich dies nicht, da diese nach A. G. O. I, 10 § 233 unter 5 als Beweiszeugen in Sachen ihrer Herrschaft zuzulassen sind, wenn sie auch nicht volle Glaubwürdigkeit haben. Die Notariatsordnung von 1845 kommt hiergegen, wie gezeigt, nicht in Betracht.

16) Wer mit dem Erben oder Legatar verwandt ist, wie auch der Vormund desselben ist nicht zum Testamentszeugen unfähig. Entsch. des O. Tr. Bd. 17 S. 192.

17) L. R. I, 12 § 125 ff. Der § 125 verlangte die Zuziehung zweier Dolmetscher, nach dem Gesetz vom 28. August 1876 bedarf es nur der Zuziehung eines Dolmetschers. Dasselbe hat auch in anderen Beziehungen die landrechtlichen Bestimmungen geändert. Vgl. auch die vom Justizminister erlassene Dolmetscherordnung vom 24. April 1886 — bei Kayser Reichsjustizgesetze n. 106.

1) Tit. Dig. de lege Cornelia de falsis 48, 10. l. 1, l. 5 D. de his, quae pro non scriptis 34, 8. Vangerow Bd. 2 § 433 Anm. 2. Keller Institutionen S. 361 ff. Nicht bloß der Argwohn der eigentlichen Fälschung spielte hier mit, sondern auch die Furcht des möglichen Mißbrauches der Vertrauensstellung des Schreibers, welcher den Besitz des Testamentsgeheimnisses des Testators zu Erpressungen benutzen konnte.

2) Die ältere gemeinrechtliche Praxis hat mit Recht diese römischen Bestimmungen nicht für anwendbar erachtet, vgl. Leyser med. 397 spec. 4 und die dort Angeführten. Es ist dort von einem Seitens des später überlebenden Ehemannes geschriebenen gegenseitigen Testamente der Eheleute die Rede. Anders die neuere gemeinrechtliche Theorie und wohl auch Praxis vgl. Dernburg Pand. Bd. 35 § 1 Ziff. 1.

Anordnung nach preußischem Rechte nichts, wenn sie vom eingesetzten Erben oder Legatar verfaßt oder geschrieben ist.

II. Dagegen sind Bestimmungen wünschenswerth, welche die volle Lauterkeit bei der gerichtlichen Aufnahme eines Testamentes sichern. Solche sind durch das Landrecht getroffen worden[3] bezüglich des Richters und der übrigen bei der Aufnehmung eines mündlichen Testamentes[4] amtlich mitwirkenden Personen.[5] Hierunter sind richtiger Ansicht nach zu verstehen Protokollführer und Schöppen, ferner die Unterschriftszeugen, aber auch der etwa zugezogene Dolmetscher, sowie Sachverständige, welche über die Verfügungsfähigkeit des Testators vernommen werden. Auch Anwälte, welche als Beistände des Erblassers an der Testamentsaufnahme Theil nehmen, sind

3) L. R. I, 12 §§ 133—139, vgl. Zitelmann bei Gruchot Bd. 21 S. 521 ff. Die bezüglichen landrechtlichen Bestimmungen sind freilich, wie das Folgende ergiebt, lückenhaft und vielfach bestritten.

4) L. R. I, 12 § 133 erklärt, in einem schriftlich und versiegelt übergebenen Testamente könnten dem Richter, sowie jeder anderen bei der Abnahme mitwirkenden Person gültig letztwillige Zuwendungen gemacht werden, § 134 ff. fährt darauf fort, in einem mündlichen Testamente könnten jene Personen nicht zu Erben eingesetzt werden. Es fragt sich, wie steht es mit einem schriftlichen, unversiegelt übergebenen Testamente, dessen hier nicht gedacht ist? Koch zum § 134 und Thümmel Errichtung S. 80 wollen ein solches wie ein mündliches Testament behandeln, Bornemann Bd. 6 S. 32 und Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 484 bekämpfen diese Ausdehnung mit Recht. Erklärt der Testator, daß er ein Schriftstück zum Testament machen wolle, so darf der Richter bloß nachsehen, ob die Unterschrift bewirkt ist, und muß dieselbe, falls sie fehlt, bewerkstelligen lassen, vgl. unten § 111 Ziff. 2. Von dem Inhalte des Testamentes hat er keine Kenntniß zu nehmen, er übt beim Testirakte auf denselben amtlich keinen Einfluß. Es würde daher mit der Absicht des Gesetzes nicht stimmen, ein solches Testament um deswillen für nichtig zu erklären, weil eine der mitwirkenden Personen in demselben zu Erben eingesetzt ist. Daß des offen übergebenen schriftlichen Testamentes nicht besonders gedacht ist, erklärt sich vielleicht daraus, weil das Gesetz es nicht ausdrücklich billigen wollte, daß der Richter, welcher zufälligerweise von dessen Inhalt Kenntniß hatte, bei dessen Annahme mitwirke und eine Nichtigkeit auch nicht aussprechen mochte.

5) Im angef. § 133 ist die Rede davon, daß in einem schriftlichen versiegelten Testamente dem Richter, sowie jeder anderen bei der Abnahme mitwirkenden Person Erbschaften und Vermächtnisse gültig zugewendet werden können; im § 135, daß bei einem mündlichen Testamente wie der Richter, so keine „der übrigen bei der Handlung von Amtswegen mitwirkenden Personen“ zu Erben eingesetzt werden dürfen, im § 136, daß „weder dem Richter noch einer der übrigen bei der Handlung mitwirkenden Personen“ ein Vermächtniß ausgesetzt werden dürfe. Das Obertribunal hat Entsch. Bd. 21 S. 357 ff. auf Grund des verschiedenen Ausdruckes angenommen, daß es sich im § 135 und 136 um einen verschiedenen Kreis von Personen handele: im § 135 um die von Amtswegen mitwirkenden Personen, im § 136 bei den Vermächtnissen um alle bei der Handlung in erheblicher Weise mitwirkenden Personen, da einer amtlichen Mitwirkung hier nicht gedacht werde. Ob die Mitwirkung erheblich sei, müsse im Falle des § 136 je nach den Umständen festgestellt werden. Wir halten diese Auslegung nicht für richtig. Das Landrecht dachte in allen drei Paragraphen an denselben Kreis von Personen und drückt sich nur nicht in allen gleich genau aus. Daß es sich um eine Mitwirkung von Amtswegen handeln müsse, erschien zudem mit Fug als selbstverständlich. Vgl. Zitelmann bei Gruchot Bd. 21 S. 521.

als amtlich mitwirkend zu erachten.[6] Wer nicht bei der Aufnehmung selbst, sondern nur bei der Vorbereitung des Aktes thätig war, wie der Schreiber oder der Verfasser des Entwurfes des Testamentes, ist nicht betroffen, ebensowenig solche Personen, die erst mit dem bereits vollendeten Testamente zu thun haben, wie der Richter, welcher ein Testament bloß zur Hinterlegung annimmt. Bezüglich der amtlich mitwirkenden Personen gilt nun Folgendes:

a) Der Richter, welcher in einem mündlichen Testament zum Erben ernannt werden soll, darf sich nicht mit der Aufnehmung befassen, sondern hat den Testator an einen anderen Richter zu verweisen. Andere zur Mitwirkung berufene Personen, die zu Erben ernannt werden sollen, hat der Richter zu entfernen und durch Andere zu ersetzen.[7] Dies bei Strafe der Nichtigkeit des Testamentes.[8]

b) Soll dem Richter oder einer anderen bei der Handlung im angegebenen Sinne mitwirkenden Person in einem mündlichen Testamente ein Vermächtniß ausgesetzt werden, so muß der Erblasser diese Zuwendung eigenhändig, an der bezüglichen Stelle am Rande oder bei der Unterschrift bezeugen, kann er nicht schreiben, so muß der Vermerk von zwei Zeugen unterschrieben werden.[9] Ist dies versäumt, so ist das Vermächtniß nichtig, während im Uebrigen die letztwillige Verfügung bestehen bleibt.[10][11]

---

6) Welche Personen betroffen sind, ist freilich sehr streitig. Koch zum § 135 versteht unter den amtlich mitwirkenden Personen des § 135 nur den Protokollführer und die Schöppen, wofür er die Verweisung des § 135 auf §§ 83 und 84 des Titels anzieht. Wir finden es nicht zutreffend, aus dieser Beispiele enthaltenden Verweisung auf eine Beschränkung der Vorschrift des § 135 zu schließen. Das Obertribunal hat denn auch Entsch. Bd. 63 S. 112 Zeugen und Dolmetscher für mitwirkende Personen auch im Sinne des § 135 erklärt. Bei Vermächtnissen hingegen will es — vgl. oben Anm. 5 — im einzelnen Falle die Erheblichkeit der Mitwirkung geprüft sehen. Hieraus folgert es — Entsch. Bd. 21 S. 357 — ein Rechtsanwalt habe bei einem Testament mitgewirkt, wenn er den Entwurf desselben gemacht, die Abordnung der Gerichtsdeputation beantragt, jenen Entwurf dem deputirten Richter übergeben habe und während dessen Niederschreiben in das Protokoll zugegen gewesen sei. Es fragt sich, welche dieser einzelnen Thatsachen als hierhergehörend anzusehen sind? Offenbar nur die beiden letzten. Eccius jedoch Bd. 4 § 249 Anm. 67 sieht auch hierin keine amtliche Mitwirkung.

7) Gemäß L. R. I, 12 § 114 errichtete Testamente der Blinden u. s. w. stehen hier mündlichen gleich.

8) An sich würde man geneigt sein, nicht eine Nichtigkeit des Testamentes seinem ganzen Inhalte nach anzunehmen, sondern nur die Erbeseinsetzung des Richters oder der mitwirkenden Gerichtsperson als nichtig zu erachten. So Bornemann Bd. 6 S. 30. Allein der § 139 knüpft ausdrücklich an die Versäumniß der Formen der §§ 66—138 Nichtigkeit des letzten Willens, sofern keine Ausnahme beigefügt ist, und im § 138 ist nur bezüglich des einem Mitwirkenden zugedachten Vermächtnisses bestimmt, daß der übrige Inhalt des Testamentes durch dessen Ungültigkeit nicht berührt werde, worin ein argumentum a contrario bezüglich der Erbeseinsetzung liegt, Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 485.

9) L. R. I, 12 §§ 136 und 137.

10) L. R. I, 12 § 138. Aus § 119 des Titels ist nicht eine Nichtigkeit der gesammten Verfügung herzuleiten, falls Jemand „als Zeuge“ bei einem Testamente diente, in welchem ihm ein Vermächtniß zugewendet ist. Die Folgen der Zuwider-

§ 110. Der Akt der Errichtung.

1. Das gerichtliche Testament kann, wie an gewöhnlicher Gerichtsstätte, so auch an jedem anderen Orte aufgenommen werden, z. B. in der Wohnung oder am sonstigen Aufenthaltsorte des Testators.[1] Der Richter hat einem Ersuchen des Testators, sich zur Testamentserrichtung zu ihm zu begeben, Folge zu leisten, es sei denn, daß ihm durch dieselbe eine offenbare und augenscheinliche Lebensgefahr droht.[2] Als regelrechte Form des Antrags bezeichnet das Landrecht ein schriftliches Gesuch des Testators, oder das mündliche Anbringen des Gesuchs durch zwei Abgeordnete;[3] hierin liegt jedoch nichts Wesentliches, sowenig wie die Aufnahme eines Protokolls über das Gesuch unumgänglich ist.

2. Wie nach römischem und gemeinem hat der Erblasser auch nach preußischem Rechte seinen letzten Willen in eigener Person zu erklären.[4] Stellvertretung ist also unzulässig. Dagegen steht nichts im Wege, daß der Erblasser bei der Errichtung des Testamentes einen Beistand zuzieht. Natürlich müssen Richter und Protokollführer während der Erklärung des Erblassers dergestalt in dessen Gegenwart sein, daß sie ihn hören und sehen können;[5] daß das Protokoll in Gegenwart des Testators ins Reine gebracht wird, ist aber nicht schlechthin erforderlich.

3. Das römische Recht verlangte für das Privattestament Einheit der Handlung,[6] was manche gemeinrechtliche Autoritäten auch für das gerichtliche Testament forderten.[7] Schon in älteren preußischen Verordnungen legte man kein Gewicht darauf, ob die Verfertigung des Testamentes actu continuo geschehe,[8] so ist es auch nach derzeitigem preußischem Rechte. Die Verhandlung kann abgebrochen und selbst nach längerer Zeit gültigerweise fortgesetzt werden. Es ist dafür gleichgültig, ob die Sorge für Gesundheit des Testators

---

handlung werden eben im § 138 des Titels für alle betroffenen Personen bestimmt. Entsch. des O. Trib. Bd. 63 S. 112.

11) Bestellung als Vormund ist nicht betroffen.

1) L. R. I, 12 § 67 ff.

2) L. R. I, 12 § 204. Unten § 115 Anm. 5.

3) L. R. I, 12 § 68.

4) L. R. I, 12 § 66. Nach gemeinem Recht ist die Frage bezüglich der Gültigtigkeit eines dem Gericht durch einen Bevollmächtigten übergebenen Testamentes zwar streitig, jedoch herrscht heutzutage Uebereinstimmung über die Unzulässigkeit solcher Stellvertretung.

5) Der römische Satz, daß die Urkundspersonen in conspectu testatoris sein müssen, liegt im Wesen der Sache.

6) l. 21 § 3 D. qui testamenta facere 28, 1. l. 21 pr. C. de testamentis 6, 23. Glück Bd. 34 S. 375.

7) Seuffert Archiv Bd. 19 S. 102.

8) Konstitution Friedrich Wilhelm I. wegen Abkürzung der Prozesse in der Churmark vom 3. September 1718 § 38, C. C. M. Theil 2 Abth. 1 n. 654.

oder Ermüdung desselben, oder zeitweise Bewußtlosigkeit oder gar Irrsinn den Grund der Unterbrechung bildet.[9] Dem Richter liegt ob, den Anlaß der Unterbrechung, sowie die Zeit, wann die Verhandlung abgebrochen und wann sie fortgesetzt und geschlossen wurde, genau im Testamente, oder dem Abnahmeprotokoll niederzuschreiben. Auch ein etwaiger Wechsel in der Person des Richters und des Protokollführers bei der Fortsetzung der Verhandlung ist unschädlich.

4. Das römische Recht kannte als gerichtliches Testament nur das mündliche, das gemeine Recht ließ daneben die gerichtliche Abnahme eines schriftlichen Testamentes zu. In gleicher Weise kennt auch das preußische Recht sowohl schriftlich übergebene als mündlich vom Gericht aufgenommene Testamente. Die ersteren können verschlossen oder offen übergeben werden.

§ 111. Das Einzelne des Testiraktes.

1. Ueber den Verlauf des Testiraktes giebt das Landrecht in seinem zwölften Titel sehr zahlreiche, das Einzelne regelnde Vorschriften und verfügt dann,[1] daß diese in den §§ 66 bis 138 bestimmten Formen, wo nicht bei einer oder der anderen Vorschrift eine Ausnahme beigefügt sei, zur Gültigkeit des gerichtlichen Testamentes oder Kodicilles wesentlich sei. Dies wurde aber durch Anhang § 33 zum L. R. I, 12 § 139 geändert. Hiernach soll, wenn das über die Errichtung oder Uebergabe des letzten Willens aufgenommene Protokoll vorschriftsmäßig abgefaßt und unterschrieben, auch die Identität des Aufsatzes nicht zweifelhaft ist, der letzte Wille deswegen, weil das Gerichtssiegel nicht beigefügt oder die Zeit, wo er dem Richter übergeben wurde, darauf nicht vermerkt worden ist, oder weil der Richter bei der Aufbewahrung Fehler begangen hat, nicht für ungültig erachtet werden.[2]

Demgemäß ist, was die Beschaffenheit und Behandlung der Testamentsurkunden anlangt, für ein gerichtliches Testament nur wesentlich

---

9) L. R. I, 12 § 150. Kam. Ger. Bd. 13 S. 69, oben § 104 bei Anm. 12. Die Vorschrift der A. G. O. II, 3 § 9 Abs. 2, wonach bei Unterbrechung einer Vertragsaufnahme wegen Gemüthskrankheit die bis dahin vorgefallenen Handlungen als nicht vorhanden angesehen werden und die Verhandlung von vorn beginnen muß, dürfte durch L. R. I, 12 § 150 für Testamente außer Kraft gesetzt sein. Anderer Ansicht Thümmel a. a. O. S. 58. Uebrigens rechtfertigt sich die Bestimmung des § 9 keineswegs durch die Natur der Sache, denn was bei gesunder Vernunft erklärt wurde, ist zu Recht beständig, es kann daher sehr wohl eine Fortsetzung nach Beseitigung der Verdunkelung der Vernunft erfolgen.

1) L. R. I, 12 § 139. Vgl. Kam. Ger. Bd. 4 S. 68.

2) Die Entscheidung der Gesetzeskommission vom 13. Februar 1798 und das sie bestätigende Reskript vom 26. Februar desselben Jahres — Rabe Bd. 5 S. 52 — die Quelle des Anhangs-§, setzte übrigens noch voraus Versiegelung des schriftlich übergebenen Testamentes mindestens mit dem Privatsiegel des Testators. Nach Anhang § 33 ist aber die Versiegelung des Testaments für dessen Gültigkeit nicht wesentlich Entsch. d. O. Trib. Bd. 11 S. 263, Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 144.

a) Unterschreiben des schriftlichen Testaments durch den Testator,[3]

b) die vorschriftsmäßige Aufnahme, also Abfassung, Unterschrift und Schließung des über die Uebergabe aufgenommenen gerichtlichen Protokolls,

c) Unzweifelhaftigkeit der Identität der Testamentsurkunde mit der vom Erblasser seiner Zeit übergebenen,

d) gerichtliche Aufbewahrung der Urkunde bis zum Tode des Erblassers.[4]

Nicht mehr wesentlich ist Alles, was sonst nach der Schließung des Protokolls größerer Sicherheit halber den gesetzlichen Anforderungen gemäß noch vorgenommen werden soll.

Die Erleichterung der Formen wurde vom Gesetz zunächst mit Beziehung auf das schriftlich übergebene Testament getroffen, selbstverständlich sind aber die bei schriftlich übergebenen Testamenten für nicht wesentlich erklärten Formen auch bei mündlich errichteten nicht nothwendig.[5]

2. Was nun den Hergang anlangt, wie ihn das Gesetz vorschreibt, so ist er natürlich verschieden, je nachdem ein verschlossenes oder ein offenes Testament übergeben oder mündlich testirt wird.

a) Soll eine versiegelte Urkunde solennisirt werden, so ist der Erblasser darüber zu vernehmen,[6] ob er sie eigenhändig unterschrieben hat, darauf

---

3) L. R. I, 12 § 101 besagt: Der Aufsatz müsse vom Testator eigenhändig ge- oder wenigstens unterschrieben sein. Hiernach behaupteten Einige, die Unterschrift sei bei eigenhändig geschriebenen Testamenten nicht wesentlich, wofür man auch die Autorität der l. 21 C. de testamentes 6, 23 anführte, nach welcher die Unterschrift des Testators nicht erfordert wird im Falle des eigenhändigen Schreibens der Urkunde und der Erklärung des Testators, daß dies geschehen sei. Das O. Trib. hat jedoch Entsch. Bd. 1 S. 81, das Wort „wenigstens" betonend, in der Unterschrift des Testators das Mindestmaß der Anforderungen gefunden und das eigenhändige Schreiben allein als nicht genügend erachtet. Es ist dies das anerkannt geltende Recht. — Anhang § 33 hat keinen Bezug auf die Erfordernisse der gerichtlich zu übergebenden Urkunde als solcher.

4) Entsch. des O. Trib. Bd. 11 S. 263 ff., vgl. unten § 111 a. E.

5) Striethorst Archiv Bd. 82 S. 354 ff.

6) L. R. I, 12 § 102. Streitig ist, ob diese Vernehmung des Erblassers beziehungsweise die bezügliche Angabe im Protokoll für die Gültigkeit des Testamentes unerläßlich sei. Das O. Trib. bejahte dies vordem im Präj. 213, weil § 102 zu denjenigen §§ gehöre, welche nach § 139 des Titels wesentlich seien. Wäre also die Form der Befragung versäumt, so wäre das Testament nichtig, auch wenn dasselbe die unbezweifelte Unterschrift des Testators trüge. So auch Thümmel a. a. O. S. 41 ff., Förster Bd. 4, Koch Kommentar zu § 102. Das Obertribunal hat jedoch später die Beobachtung des § 102 für unwesentlich erklärt Entsch. Bd. 17 S. 229 und Striethorst Archiv Bd. 13 S. 83. Die letztere Ansicht ist entschieden die richtige; der § 102 enthält, wie der Wortlaut zeigt, kein selbständiges Erforderniß, sondern bildet nur eine Vorsichtsmaßregel. Man wollte verhüten, daß unvollständige Testamentsurkunden solennisirt werden, die sich später als nichtig herausstellen müssen; dem Sinne des Landrechts entspräche es nicht, daß diese Vorsorge zur Falle würde, in welche vollständige Testamentserklärungen stürzen könnten. So auch Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 45 gegen Förster. — Man hat andererseits in Frage gestellt, ob der Nachweis zulässig und erheblich sei, daß das von

hat der Richter die Vorlage in Gegenwart des Erblassers zu überschreiben[7] und das Gerichtssiegel beizudrücken,[8] endlich ein vollständiges Protokoll über den Vorgang aufzunehmen und dasselbe vom Erblasser mitunterzeichnen lassen.[9]

b) Der Erblasser, welcher einen schriftlichen Aufsatz offen übergiebt, ist darüber zu vernehmen, ob derselbe nur als Grundlage einer mündlichen Verfügung oder als schriftliches Testament behandelt werden soll.[10] In letzterem Falle liegt dem Richter ob, ohne von dem Inhalte des Testamentes Kenntniß zu nehmen, festzustellen, ob die Urkunde die Unterschrift des Testators trägt, und dieselbe von ihm anerkennen, wenn sie aber fehlt, von ihm nachholen, in beiden Fällen Befund und Hergang protokolliren zu lassen. Der Richter hat ferner die Erklärung des Erblassers, daß der von ihm unterschriebene Aufsatz seinen letzten Willen ausmache, unter demselben zu verzeichnen,[11] die Urkunde mit dem Gerichtssiegel zu versiegeln und zu überschreiben,

---

einem Testator übergebene Testament seiner Versicherung ungeachtet nicht von ihm unterschrieben sei? Es ist dies zu bejahen, da das Gesetz die Unterschrift des Erblassers fordert und jenen nach allgemeinen Grundsätzen zulässigen Gegenbeweis nirgends abgeschnitten hat. So Bornemann Bd. 6 S. 28 und die übrigen neueren Schriftsteller, sowie Bolze R. G. Bd. 3 Nr. 882.

7) Die Ueberschreibung geschieht durch eine s. g. Registratur, des Inhaltes, daß in dem Umschlage das Testament des N. N. enthalten sei, welches unter dem Datum der Registratur dem Gerichte zur Aufbewahrung übergeben worden sei, A. G. O. II, 4 § 3 und § 5.

8) L. R. I, 12 § 103. Nach Anhang §33 ist — siehe oben Anm. 2 — Registratur und Aufdrücken des Gerichtssiegels nichts Wesentliches, sofern nur die Identität des Aufsatzes mit dem gerichtlich abgenommenen feststeht. Es kann also auch nicht als wesentlich angesehen werden, daß das Gerichtssiegel „in Gegenwart des Testators" aufgedrückt ist.

9) L. R. I, 12 § 103, vgl. unten Anm. 19.

10) L. R. I, 12 § 107. Ergiebt sich die Absicht des Testators ohne besondere Vernehmung, so ist hiernach zu verfahren. Die Unterlassung der Vernehmung über diesen Punkt kann nicht als wesentlicher Mangel erachtet werden.

11) L. R. I, 12 § 109. Sehr streitig ist auch, ob die Unterlassung der Befolgung dieser Vorschrift Nichtigkeit zur Folge habe. Eine Entsch. des O. Trib. Bd. 19 S. 159 hat sich hierfür ausgesprochen. Es begründet hiernach Nichtigkeit, wenn unter einem dem Gericht offen übergebenen — vom Testator unterschriebenen oder auch eigenhändig geschriebenen — Aufsatz, die Erklärung des Testators, daß derselbe sein letzter Wille sei, nicht vom Richter verzeichnet ist, und es könnte dieser Mangel nicht durch eine Erklärung im Annahmeprotokoll ersetzt werden. So auch Thümmel a. a. O. S. 49, Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 4. Eine andere Auffassung hat aber das Ministerialreskript vom 9. August 1802, Rabe Bd. 7 S. 201. Mit Recht bemerkt Gruchot im Erbrecht Bd. 1 S. 472, daß nicht abzusehen sei, wie ein dem Gericht offen überreichtes, demnächst von demselben mit dem Gerichtssiegel verschlossenes und mit der vorschriftsmäßigen Aufschrift versehenes Testament zur Feststellung seiner Identität noch eines besonderen vor der Versiegelung darunter zu setzenden Vermerks bedürfe. Im Sinne des Anhangs § 33 liegt es aber auch, daß die Vorschriften, welche das Landrecht bloß zur Sicherheit der Identität der Urkunde trifft, nicht wesentlich sind, falls diese Identität zweifellos ist. Auch korrektorische Gesetze wie der Anhang § 33 sind nach deren Absicht auszulegen. Jedenfalls aber genügt es, wenn die Uebernahmeverhandlung räumlich unmittelbar hinter dem Aufsatze beginnt und auf solche Weise mit ihm in unlösliche Verbindung gebracht ist.

außerdem muß er ein Protokoll über die Abnahme wie bei einem versiegelt übergebenen Testamente aufnehmen und vom Testator unterschreiben lassen.

c) Erklärt der Erblasser seinen letzten Willen mündlich, so ist dessen Inhalt protokollarisch aufzunehmen und das Protokoll vom Erblasser mit zu unterschreiben. Der Richter muß schließlich die Testamentsurkunde in Gegenwart des Testators gleichfalls unterschreiben und hat sie mit dem Gerichtssiegel zu versiegeln.[12]

3. Da bei der Testamentsaufnahme vorzugsweise Unterschrift und Protokoll nothwendig ist, so ist hierüber noch zu bemerken: Bloße Initialen des Namens sind keine Unterschrift. Auf die Leserlichkeit der einzelnen Schriftzüge kommt es aber nicht an, falls das Ganze den Namen des Testators darstellt.[13] Unterschrift mit Vulgärnamen genügt, wenn er dem Erblasser auch nicht von Rechtswegen zukam. Es reicht auch hin, daß der Erblasser am Schlusse der Urkunde verzeichnet: Ich N. N. habe dies Testament genehmigt und unterschrieben. Eine Aufschrift des Testators auf dem Umschlage aber kann die Unterschrift der Urkunde nicht ersetzen.

4. Was die Erfordernisse des Protokolls über die Testamentserrichtung anlangt; so ist wiederum in manchem Betracht zweifelhaft, was als schlechthin wesentlich anzusehen und was bloß instruktionelles Beiwerk ist.[14] Als nicht entbehrlich wird man die Angabe des Datums der Verhandlung zu erachten haben,[15] ferner ist nöthig, daß der Richter die Identität und geistige Fähigkeit des Erblassers feststellt und den Befund vermerkt, und daß der Inhalt der Verhandlungen verständlich wiedergegeben wird.[16] Es muß auch der Richter mit dem Protokollführer während aller wesentlichen Theile der Ver-

---

12) L. R. I, 12 §§ 104. 105.

13) Striethorst Archiv Bd. 58 S. 296. Eine undeutliche Unterschrift ist nicht als bloßes Handzeichen aufzufassen und beweist nicht, daß der Testator schreibensunerfahren ist. Vgl. oben Bd. 1 § 103 Ziff. 1.

14) Vgl. A. G. O. II, 2 § 43, Thümmel a. a. O. § 19. Ueber die Vertheilung der Thätigkeit zwischen Richter und Protokollführer siehe oben § 107 Ziff. 4 und 5.

15) Anders jedoch das Erkenntniß bei Gruchot Beiträge Bd. 7 S. 378 und Gruchot Erbschaft Bd. 1 S. 471, Zürn a. a. O. S. 17. Vgl. auch Entsch. d. O. Trib. Bd. 1 S. 22, Kam. Ger. Bd. 13 S. 333.

16) Das aufgenommene Protokoll ist dem Erblasser vor der Unterschrift vorzulesen und diese Vorlesung wie die Genehmigung, oder was hierbei sonst bemerkt wurde, zu protokolliren. Nichtigkeit folgt jedoch aus der Unterlassung nicht, da der Anhang § 423 zur A. G. O. II, 2 § 44 ausdrücklich besagt, die Ungültigkeit einer gerichtlichen Verhandlung folge nicht daraus, daß die Verlesung des Protokolls unterblieben oder daß im Protokoll nicht vermerkt sei, daß sie geschehen. Ebenso Eccius Bd. 4 § 429 Anm. 29, Kam. Ger. Bd. 9 S. 69. Thümmel a. a. O. S. 54 nimmt freilich an, diese allgemeine Vorschrift werde für Testamente durch Anhang § 33 beseitigt, wonach das Protokoll gehörig geschlossen sein soll. Allein Anhang § 33 will keine neue Nichtigkeit schaffen, sondern nur von den bisher wesentlichen Erfordernissen etwas nachlassen.

handlung bis zum Schlusse gegenwärtig[17] sein[18] und es ist endlich die **Unterschrift des Protokolls** vonnöthen. Verstirbt also der Erblasser vor Vollziehung seiner Unterschrift, so kommt das Testament nicht zu Stande.[19]

Das Protokoll ist in deutscher Sprache aufzunehmen. Es können jedoch die Erklärungen des Testators, sofern dies der Richter für erforderlich erachtet, auch in der fremden Sprache, deren er sich bedient, in das Protokoll selbst oder in eine Anlage aufgenommen werden. Sind sämmtliche betheiligte Personen der fremden Sprache mächtig, so darf dasselbe in der fremden Sprache niedergeschrieben werden; es soll dann eine deutsche Uebersetzung beigefügt werden.[20]

Das Testament datirt mit der Unterschrift des Protokolls durch den Erblasser; das Datum, welches der Erblasser seinem schriftlichen Entwurfe beigefügt hat, bestimmt sein Alter nicht.[21] Hat jedoch der Erblasser mehrere Urkunden, die verschiedene Daten an sich tragen, gleichzeitig solennisiren lassen und finden sich in denselben Widersprüche, so ist als Wille des Erblassers anzusehen, daß die älteren Schriftstücke nur mit den durch die späteren getroffenen Aenderungen zum Testamente erhoben werden.

Das Testament soll in Verwahrung des Amtsgerichts nach Vorschrift der Hinterlegungsordnung gebracht und dort belassen werden.[22] Das Gericht pflegt in einem **Nebenprotokoll** den Hergang der Testamentserrichtung zu

---

17) Vgl. L. R. I, 12 § 82, vgl. oben § 110.

18) Bei Striethorst Archiv Bd. 6 S. 201 wird entschieden, daß dann, wenn ein gerichtliches Protokoll von beiden Gerichtspersonen unterschrieben sei, der Gegenbewein unzulässig sei, daß bei Aufnehmung desselben nur eine Gerichtsperson zugegen war und das Protokoll von der zweiten erst nachträglich unterschrieben wurde. Dies gestützt auf A. G. O. I, 10 § 126, wonach gegen ein gerichtliches Protokoll nur die Einrede erhoben werden kann, daß es ihm an den Erfordernissen und Eigenschaften einer öffentlichen Urkunde fehle oder daß bei der Aufnahme ein Irrthum vorgefallen sei. Schon an sich ging die Entscheidung zu weit, da es dem Protokoll im Fragefalle an den nöthigen Erfordernissen fehlte, nämlich der Gegenwart beider Gerichtspersonen zur Zeit der Solennisirung, Koch Erbrecht S. 586. Wie dem aber auch sei, nach Inkrafttreten der Reichscivilprozeßordnung ist gemäß § 380 Abs. 2 auch gegen öffentliche Urkunden der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet ist, zulässig.

19) Dagegen schadet es nichts, wenn der Testator verstirbt, ehe die Gerichtspersonen das Protokoll vollziehen Entsch. d. O. Trib. Bd. 11 S. 263, Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 29, sofern nur die Unterschrift jener Personen noch nachträglich erfolgt Kam. Ger. Bd. 13 S. 68.

20) Sprachengesetz vom 28. August 1876 §§ 4. 7. Wesentlich abweichend war L. R. I, 12 § 125 ff. Vgl. auch oben § 108 a. E.

21) Striethorst Archiv Bd. 84 S. 44.

22) L. R. I, 12 § 112, Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 § 89. Die Annahme ist nach § 79 daselbst von dem Amtsrichter und dem Gerichtsschreiber gemeinschaftlich zu bewirken und im Verwahrungsbuche über letztwillige Verfügungen zu vermerken. Vgl. hierüber Justizministerialverfügung vom 9. Juli 1879 § 20 ff. im J. M. Bl. 1879 S. 173.

registriren. Wesentlich ist jedoch nur, daß es beim Gerichte bleibt. Es ist also nicht ungültig, wenn es sich bei den Gerichtsakten,[23] ja in dem Privatgewahrsam des Richters befindet, da es auch in letzterem Falle in amtlicher Verwahrung ist.[24] Dem Erblasser ist eine Bescheinigung — s. g. Rekognitionsschein — über die erfolgte Niederlegung auszustellen.[25]

§ 112. Testamente der Blinden, Analphabeten, Tauben und Stummen.

I. Das römische Recht verlangte beim schriftlichen Privattestament eines zur Unterschriftsleistung nicht Fähigen die Zuziehung eines achten Zeugen behufs Unterschrift des Testamentes.[1] Es mußte ferner beim Testamente eines Blinden ein Notar, eventuell ein achter Zeuge zugezogen und das Testament mündlich errichtet, aber schriftlich dokumentirt werden.[2] Ob und inwieweit diese Vorschriften bei gerichtlichen Testamenten der Blinden nach gemeinem Rechte Anwendung zu finden hatten, war streitig.

II. Das Landrecht sah sich zu folgenden Bestimmungen veranlaßt:

a) Blinde, des Lesens und Schreibens Unerfahrene, ingleichen Personen, welche des Händegebrauches beraubt sind, können nur mündlich zu Protokoll testiren.[3 4] Sie können jedoch statt dessen einen Aufsatz

---

23) Nach dem angeführten Anhange § 33. Entsch. d. O. Trib. Bd. 11 S. 263.

24) So Koch zum L. R. I, 12 § 112 und zum Anhange § 33 mit Berufung auf eine ältere Entscheidung des O. Trib. Förster freilich nahm an, in diesem Falle liege nicht nur eine mangelhafte, sondern gar keine gerichtliche Aufbewahrung vor. Doch nicht der Ort macht die Aufbewahrung zur gerichtlichen, sondern die Thatsache, daß etwas unter richterlicher Obhut steht. Vgl. Eccius Bd. 4 § 249 S. 379.

25) L. R. I, 12 § 112. Dieser s. g. Rekognitionsschein besteht nach der Anm. 22 erwähnten Verfügung vom 9. Juli 1879 § 22 in einem Auszuge aus dem Verwahrungsbuche. welcher die Eintragung der Verwahrung bezeugt.

1) l. 21 C. de testamentis 6, 23. Glück Bd. 34 S. 47. Thibaut Archiv f. c. Pr. Bd. 6 S. 226 ff.

2) l. 8 C. qui test. 6, 22. Notariatsordnung Maximilians I. von 1512 § 9.

3) L. R. I, 12 § 113.

4) Es fragt sich, ob Personen, welche bloß ihren Namen schreiben, des Lesens aber unerfahren sind, der Form des § 113 unterworfen sind oder ob auch sie schriftlich testiren können. Das O. Trib. hat das Letztere angenommen, Entsch. Bd. 59 S. 96. Dagegen hat sich Thümmel a. a. O. S. 63 ff. mit Recht erklärt; ebenso Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 59. Schon an sich erscheint, wer lesensunkundig, bloß seinen Namen schreiben kann, „des Lesens und Schreibens unerfahren.“ Ausdrücklich stellt ferner das Reskript vom 27. Mai 1799 zur Erklärung der Cirkularverordnung vom 30. Dezember 1798, welche sich auf gerichtliche Verhandlungen jeder Art bezog, eine Person, die bloß ihren Namen schreiben kann, einer solchen gleich, die nicht einmal ihren Namen schreiben kann. Dadurch, daß diese Bestimmung als Anhang § 72 zu § 19 A. G. O. I, 10 eingeschoben wurde, erhielt sie keine ausschließliche Beziehung zum Prozeß, wie das O. Trib. annimmt. Als schreibunkundig gilt, wer seinen Namen

offen übergeben, welchen der Richter dem Testator vorzulesen und mit dem Protokolle über die Erklärungen des Testators zu versiegeln hat.[5]

b) In beiden Fällen hat der Testator sein Handzeichen, falls er ein solches zu machen im Stande ist, unter Beglaubigung zweier Unterschriftszeugen an Stelle der Unterschrift zu setzen; falls der Testator auch das Handzeichen nicht macht, müssen die Zeugen bei seiner Erklärung, daß ihm das Protokoll vorgelesen sei und daß er selbiges genehmige, gegenwärtig sein und dies zu Protokoll bekunden.[6] [7]

III. Die Testamente von Tauben und Stummen unterliegen nur den Beschränkungen, welche sich aus ihrer mangelhaften Begabung ergeben.[8]

§. 113. Testamente vor Dorfgerichten, Magistraten und Auditeuren.

1. Die Erleichterung der Form für Testamente auf dem Lande, welche Justinian traf,[1] hat keinen historischen Zusammenhang mit dem Recht, vor Dorfgerichten zu testiren. Dieses Recht hat sich vielmehr in Preußen selbständig an der Hand des Bedürfnisses entwickelt,[2] jedoch nur Anerkennung

---

nicht mit in Deutschland allgemein bekannten Schriftzeichen z. B. nur mit hebräischen schreiben kann, Plenarbeschluß des O. Trib. v. 2. Juli 1855 Just. Min. Bl. 1855 Bl. 302.

5) L. R. I, 12 § 114. Auch hier sind zahlreiche Streitfragen. Es ist, entscheidet das O. Trib. Bd. 27 S. 329, kein wesentlicher Formmangel, wenn der die Testamentsaufnahme bewirkende Richter nicht selbst dem Testator den Aufsatz vorliest, sondern eine der bei dem Akt mitwirkenden Personen veranlaßt, die Vorlesung in seiner Gegenwart vorzunehmen. Die Vorlesung des Richters giebt jedoch zweifelsohne eine höhere Gewähr dafür, daß Alles, was im Entwurfe steht und zwar genau vorgelesen wird. Mit Recht hat sich daher Thümmel a. a. O. S. 61 gegen die unzureichend begründete Entscheidung erklärt; anders aber Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 60.

6) L. R. I, 12 § 115 ff. Ueber die Eigenschaften der Unterschriftszeugen siehe oben § 108. Die Erklärung des Testators vor den Zeugen, daß das Handzeichen von ihm gezogen sei, genügt nicht nach Präj. des O. Trib. 481. Dasselbe muß vielmehr in Gegenwart der Zeugen zugefügt werden Man fordert nicht, daß der Testator, welcher das Handzeichen nicht zufügt, ausgesprochen hat, daß er zur Beifügung des Handzeichens nicht im Stande ist, und daß dies in der That der Fall war, wenn nur die Vorlesung des Testamentes und die Genehmigung des Testamentes bezeugt wird. Vgl. ferner über die einzuhaltenden Formen O. Trib. Bd. 27 S. 329, und R. G. Bd. 36 S. 1005.

7) Der Zuziehung eines Beistandes bedarf es nicht R. G. Bd. 18 S. 308.

8) Vgl. über die hierdurch bedingten Formen oben § 104 Anm. 17.

1) l. 31 C. de testamentis 6, 23, Mühlenbruch bei Glück Bd. 42 S. 245.

2) Das Projekt des corpus juris Fridericiani p. II, lib. VII, tit. 2 § 19, vgl. § 20, verlangte, daß auf den Aemtern der Justitiar nebst dem Amtmann mit Zuziehung eines Notars, eventuell des Predigers und eines vernünftigen Schulzen oder Schöppen das Testament aufnähme. Carpzov jurispr. for. p. III, const. 3 def. 21 erkennt für sächsisches Recht Testamente vor Schulzen und Schöppen als gültig an, wenn ihnen von der Gerichtsobrigkeit die Jurisdiktion delegirt war.

gefunden für den Nothfall, wenn die Herbeikunft des ordentlichen Gerichts nicht abgewartet werden kann.[3] Das Dorfgericht muß aus einem Schulzen und zwei Schöppen, mit einem Gerichtsschreiber des Ortes zusammengesetzt sein.[4] Vor dem Dorfgericht kann Jeder, welcher sich im Dorfe gerade aufhält, testiren. Die Formen sind dieselben wie bei gerichtlichen Testamenten.[5]

Das Dorfgericht soll die Testamentsurkunden sofort durch eines seiner Mitglieder dem ordentlichen Gericht einhändigen und die erforderlichen Mittheilungen über den Testirakt machen.[6] Das Gericht hat die letztwillige Verfügung unverzüglich vom Testator anerkennen zu lassen.[7]

2. In solchen Städten, in welchen kein Gericht seinen Sitz hat oder nur eine zur Verwaltung des Richteramtes bestellte Person wohnhaft ist, können,

---

3) L. R. I, 12 § 93 ff., Thümmel a. a. O. S. 89.

4) Vgl. oben Bd. 1 § 102 Anm. 14. Hinsichtlich des Dorfgerichts behufs Aufnahme eines Testamentes ist des Näheren hervorzuheben. In normaler Gestalt besteht das Dorfgericht aus dem Schulzen, zwei Schöppen und dem Gerichtsschreiber des Ortes, die sämmtlich vereidet sind. Zwei Schöppen genügen auch, wenn beim Dorfgericht mehrere Schöppen vorhanden sind. Die Frage, ob an Stelle einer der Dorfrichter, wenn nur zwei dergleichen angestellt oder der dritte verhindert ist, ein Dorfrichter aus einem benachbartem Orte zugezogen werden kann, ist nach Analogie von A. G. O. I, 25 § 54 zu bejahen. Es liegt in der Absicht des Gesetzes, im Nothfall eine Instanz zu schaffen, vor der auf dem Dorfe testirt werden kann. So Thümmel a. a. O. S. 92 gegen Koch zu § 93 des L. R., sowie Eccius Bd. 4 § 229. An Stelle des Gerichtsschreibers kann im Bedürfnißfall ein Anwalt, Notar, Prediger, falls diese Personen gleichfalls fehlen, der Gerichtsschreiber eines anderen Ortes treten. Das L. R. I 12 § 94 spricht von „Justizkommissar". An seine Stelle sind jetzt Notar und Anwalt fähig. Anders freilch Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 70. Er hält den Anwalt für unfähig im Nothfall an die Stelle des Gerichtsschreibers beim Dorfgericht zu treten, weil er nicht wie der Justizkommissar des Landrechts „beamtet" sei. Dies ist auch der Prediger nicht mehr. Der Gerichtsschreiber hat das Testament zu schreiben oder wenigstens zu diktiren, Striethorst Archiv Bd. 52 S. 133. Auch außerhalb des Bezirks aufgenommene Testamente sind nicht ungültig. Vgl. L. R. I, 12 § 73, oben § 107 Ziff. 1. Benachbarte Dorfgerichte können daher in Nothfällen amtiren z. B. in Gutsbezirken, welchen eigene Dorfgerichte fehlen, Reskript vom 27. März 1805, Neues Archiv Bd. 4 S. 2.

5) R. G. Bd. 22 S. 295. Ein Plenarbeschluß des O. Trib. vom 14. Juni 1847 Entsch. Bd. 15 S. 17 hat erkannt, daß ein dorfgerichtliches Testament dadurch allein nicht ungültig wurde, daß die bei dessen Aufnahme zugezogenen Schöppen das von dem Gerichtsschreiber aufgenommene Protokoll wegen Schreibensunkunde nicht mit ihrer Unterschrift vollzogen hatten. Die Unterschrift des Schulzen aber ist nothwendig, weil ohne sie kein Protokoll vorliegt; Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 69.

6) Die Dorfgerichte haben nach L. R. I, 12 § 95 und dessen Deklaration vom 10. Juli 1846 die letztwillige Verfügung sofort persönlich dem Gericht durch eines ihrer Mitglieder einhändigen zu lassen. Nach der Deklaration knüpft sich an die Unterlassung der persönlichen Aushändigung keine Nichtigkeit, das gleiche muß auch für die Verzögerung der Aushändigung gelten.

7) Der ordentliche Richter hat das Testament und das Protokoll vom Erblasser anerkennen zu lassen. Bestehen aber Zweifel über die Rechtsbeständigkeit und die Korrektheit des Vorgehens des Dorfgerichts — und hierüber befindet allein das Ermessen des Richters — so wird er, falls der Erblasser noch lebt und dazu im Stande ist, ein neues Testament errichten lassen.

sofern der Richter nicht zur Hand ist, Testamente vor dem Magistrat errichtet werden.[8]

Nach Landrecht bedurfte es der Mitwirkung des gesammten Magistrats unter Zuziehung des Stadtsekretärs oder eines Justizkommissars oder Notars oder Predigers. Es ist jedoch derzeit die Zuziehung des ganzen Magistrats nicht mehr erfordert,[9] vielmehr genügt eine Magistratsdeputation, die außer dem Bürgermeister oder seinem Vertreter aus zwei Magistratsmitgliedern bestehen muß, so daß die Stelle des einen Magistratsmitgliedes auch durch einen Stadtsekretär oder eine der oben genannten Personen vertreten werden kann.[10]

Auch vor dem Magistrat errichtete Testamente hat das ordentliche Gericht baldmöglichst zu bekräftigen.

Die Beschränkungen der Zuwendungen an den Richter und andere amtlich mitwirkende Personen in den von ihnen aufgenommenen mündlichen Testamenten gelten auch für die Mitglieder der Dorfgerichte und Magistrate.

Für die Verabsäumung wesentlicher Förmlichkeiten sind die Dorfgerichte und Magistrate nur verantwortlich, wenn sie es unterlassen haben, die aufgenommenen Verhandlungen zur Beurtheilung ihrer Gültigkeit und etwaigen Berichtigung dem ordentlichen Gericht ohne Zeitverlust vorzulegen.[11]

Testamente vor Dorfgerichten und Magistraten sind nicht als privilegirte, sondern wie gerichtliche[12] anzusehen.

3. Militärpersonen können in Friedenszeiten der Regel nach im Inlande nur testiren wie Nichtmilitärs.

Wenn sie sich aber im Auslande befinden oder nach der Mobilmachung ihre Standquartiere verlassen haben, sind sie befugt, vor einem Auditeur unter Zuziehung eines Protokollführers oder eines zweiten Auditeurs oder eines vereideten Officiers oder Unterofficiers zu testiren. Auch kann die letztwillige Verordnung vor einem kommandirten Kriegsgericht, bestehend aus einem Officier und einem Auditeur errichtet werden. Diese Testamente sind dem Amtsgericht, in dessen Bezirk der betreffende Truppentheil sein Standquartier hat, zur Aufbewahrung und weiteren gesetzlichen Veranlassung zu übersenden.[13]

---

8) L. R. I, 12 § 99. Wenn hier die Rede von Abwesenheit des Richters ist, so muß natürlich das Gleiche gelten, wenn er durch Krankheit verhindert ist. Auch kann nicht bezweifelt werden, daß, wenn an einem Orte zwei Richter sich finden, aber beide gleichzeitig verhindert sind, z. B. der Eine krank, der Andere abwesend ist, dieselben Sätze gelten.

9) Kabinetsordre vom 21. Januar 1833.

10) Striethorst Archiv Bd. 15 S. 245 ff.

11) L. R. II, 7 §§ 82 bis 84.

12) So auch R. G. Bd. 22 S. 301, siehe auch unten § 14.

13) Vgl. Gesetz vom 8. Juni 1860, betreffend die Befugnisse der Auditeure zur Aufnahme von Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit § 1—3. § 111 des Aus-

Die Formen der Errichtung sind — abgesehen vom Fall des Kriegs- oder Belagerungszustandes[14] — die ordentlichen des Landrechts, denn die Verhandlungen sollen nach dem Gesetze so angesehen werden, als wenn sie innerhalb des Rechtsgebietes des Landrechts von einem Civilgericht aufgenommen würden.[15]

§ 114. Privilegirte Testamente. Das Soldatentestament.

I. Zu den privilegirten Testamenten gehören die dem Landesherrn übergebenen.[1] Dieselben haben aber, abgesehen von den Testamenten der Mitglieder der herrschenden Familie, keine praktische Bedeutung. Für diese genügt schriftliche Einreichung beim Regenten und Zufertigung an das Kabinetsarchiv oder ein Gericht Seitens desselben.

II. Von allgemeiner Wichtigkeit sind die Militärtestamente.

1. In Rom war zuerst vorübergend durch Julius Cäsär, dann dauernd durch die Kaiser den Soldaten das Privilegium gegeben, nach freiem Belieben zu testiren.[2] Dieses Privilegium bezog sich auf die Form, so daß jeder unzweideutig und ernst erklärte Wille genügte, wie auch auf den Inhalt dergestalt, daß mit dem Willen des Erblassers nicht übereinstimmende Rechtssätze des Civilrechts, wie z. B. die Regel „nemo pro parte testatus decedere potest" und das Verbot der Einsetzung eines Erben ex die oder ad diem hier

---

führungsgesetzes vom 24. April 1878 zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetz. Die bezüglichen Bestimmungen des Landesrechts hat das Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 39 Abs. 3 aufrechterhalten

14) Siehe unten § 14.

15) Angef. Gesetz v. 1860 § 2. Die Kabinetsordre vom 19. Juli 1834 trifft analoge Vorschriften für die Garnison der Festung Mainz, sie sind erweitert und umgestaltet durch das Gesetz § 13. Durch königliche Verordnung kann die Kabinetsordre für andere Garnisonen im Auslande für maßgebend erklärt werden, was seinerzeit für die Bundesfestung Rastatt geschah. Es ist übrigens der Sinn des Gesetzes vom 8. Juni 1860 § 13 Abs. 2, wonach „an Stelle der Bestimmung der Ordre, daß bei Testamentsaufnahmen im Nothfall die §§ 194 und 200 Tit. 12 Th. 1 des A. L. R. zur Anwendung kommen sollen, die Vorschriften des gegenwärtigen Gesetzes über privilegirte militärische Testamente treten", bestritten. Koch Kommentar a. a. O. will die militärischen Privilegien demgemäß in den bezüglichen Festungen stets im Nothfall eintreten lassen, während Thümmel a. a. O. S. 110 mit mehr Recht annimmt, daß sie nur unter ihren gewöhnlichen Voraussetzungen, also in Kriegszeiten und bei einem Belagerungszustande zur Anwendung kommen, sollen. Nach der Ansicht Koch's wäre eine schwer zu rechtfertigende Singularität geschaffen, die aus den Worten des Gesetzes nicht folgt.

1) Derartige Testamente, dem römischen Gebrauch angehörig, l. 19 C. de testamentis 6, 23 sind in Deutschland nicht in erheblichem Maße in Aufnahme gekommen. Das Projekt des corp. jur. Frid. überging sie nach der Vorrede zum zweiten Theil § 29 absichtlich. Vgl. die bei Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 510 Angeführten. L. R. I, 12 §§ 175, 176 hat jedoch diese Form angenommen.

2) Tit. Inst. de militari testamento 2, 11. Tit. D. de testamento militis 29, 1, Cod. 6, 21. Mühlenbruch-Glück Bd. 42 S. 19 ff.

nicht galten,[3] während die Grundsätze über Testirfähigkeit, sowie über die Nichtigkeit unsittlicher Verfügungen auch bei den Soldatentestamenten anwendbar blieben.[4] Das Soldatentestament behielt seine Kraft ein Jahr nach der Entlassung, wenn sie nicht eine schimpfliche war. Justinian beschränkte das Privileg auf die im Felddienst beschäftigten Soldaten.[5] Im Mittelalter legte man das römische Recht dahin aus, daß die militärischen Testamente nur in der Schlacht völlig formlos sein konnten, hiervon abgesehen aber vor zwei Zeugen zu errichten waren, was durch die Notariatsordnung bestätigt, in das gemeine Recht überging.[6] Auch bezog man dies Privilegium im Mittelalter nur noch auf die Ritter, erst in der neueren Zeit wendete man dasselbe wieder auf die Soldaten als solche an.

2. Die Grundlage des jetzigen Soldatentestaments legte eine Cirkularordre von Friedrich dem Großen an alle Regimenter vom 18. Mai 1747,[7] welche den Unterschied zwischen Testamenten, die während der Schlacht, und denen, die während der Kampagne überhaupt errichtet waren, im Wesentlichen aufhob. Sie erklärte für gültig eigenhändig geschriebene und unterschriebene Testamente; ferner bloß unterschriebene, wenn sie die Mitunterschrift eines Zeugen hatten; endlich mündliche, vorausgesetzt, daß sie durch einen oder auch durch zwei Zeugen nach Verschiedenheit der Fälle bekräftig wurden.[8]

3. Derzeit gelten folgende Bestimmungen des Reichsmilitärgesetzes, welche sich an das bisherige preußische Recht anlehnen.[9]

a) Es können die dem aktiven deutschen Heere Angehörigen — Officiere, Aerzte, Militärbeamte, Civilbeamte der Militärverwaltung und Mannschaften — sowie die nach dem Militärstrafgesetzbuch den Militärgesetzen unterworfenen Personen, in Kriegszeiten[10] oder während eines Belagerungszustandes militärische letztwillige Verordnungen errichten

3) l. 37 D. h. t., vgl. ferner l. 19 D. eod., l. 15 § 4 D. eod. über Ausschließung der lex Falcidia. l. 18 § 1 D. eod. Die Entscheidungen der römischen Juristen, wonach sie da, wo der Wille des Erblassers frei waltete, so zahlreiche Sätze des ordentlichen Testamentserbrechtes außer Kraft setzten, enthalten indirekt eine schneidende Kritik dieser Sätze selbst, die traditionell bestanden und positiv gegeben waren, ohne doch noch als innerlich begründet angesehen zu werden.

4) Vgl. l. 15, l. 29 § 1, l. 41 § 1 D. h. t.

5) § 3 J. h. t., l. 17 C. h. t.

6) Gl. sub ipso tempore ad. l. 15 C. h. t. 6, 21. Notariatsordnung Maximilians I. von 1512 § 2. Fitting zur Geschichte des Soldatentestaments, Halle 1866.

7) Patent und Cirkular-Ordre vom 18. Mai 1747, cont. III c. c. M. S. 154.

8) Später regelte die Sache das L. R. I, 12 § 177 ff., des Weiteren das Gesetz vom 8. Juni 1860, welches in § 14 das L. R. 1, 12 § 177—197 und Anhang § 36—38 und 41 aufhob.

9) Vgl. Reichsmilitärgesetz vom 2. Mai 1874 § 44, und Reichsmilitärstrafgesetzbuch vom 20. Juni 1872 § 155—158.

10) Ob Kriegszeiten vorhanden waren, ist thatsächliche Frage. Es bedarf nicht nothwendig einer Kriegserklärung. Auch im Innern können Kriegszeiten durch Auf-

von der Zeit an, wo sie entweder ihre Standquartiere oder, im Fall ihnen solche nicht angewiesen waren, ihre bisherigen Wohnorte im Dienste verlassen haben, oder in denselben angegriffen oder belagert werden.[11] Es haben ferner Deutsche, solange sie sich als Kriegsgefangene oder Geißeln in der Gewalt des Feindes befinden, das Recht des Militärtestamentes, auch wenn sie nicht dem deutschen Heere angehören.[12]

b) Die Militärtestamente können schriftliche oder mündliche sein.

Für die schriftlichen genügt eigenhändige Niederschrift und Unterschrift des Testators, oder eigenhändige Unterschrift und Mitunterzeichnung durch zwei Zeugen oder statt derselben durch einen Auditeur oder einen Officier.

Mündliche Militärtestamente sind gültig, wenn sie vor einem Auditeur oder Officier unter Zuziehung zweier Zeugen oder noch eines Auditeurs oder eines Offiziers erklärt wurden und wenn über die Erklärung des Testators eine Schrift aufgenommen, dem Testator vorgelesen und von den Urkundspersonen unterschrieben wurde. Bei verwundeten oder kranken Militärpersonen, d. h. solchen, die sich in ärztlicher Behandlung befinden, können Militärärzte oder höhere Lazarethbeamte oder Militärgeistliche die Auditeure oder Officiere ersetzen.

Die Zeugen bedürfen der Eigenschaft von Instrumentszeugen nicht, sie sind Beweiszeugen.[13]

c) Militärische Testamente verlieren ihre Geltung, entsprechend dem römischen Recht,[14] mit Ablauf eines Jahres von dem Tage ab, an welchem der Truppentheil, zu welchem der Testator gehörte, demobil gemacht ist, oder an welchem der Testator aufgehört hat zu einem mobilen Truppentheil zu gehören,

---

ruhr eintreten. Der Belagerungszustand dagegen ist nur vorhanden, wenn er amtlich erklärt ist.

11) Angef. § 44. Für die einberufenen Reserven und Landwehrmänner beginnt das Privilegium nicht mit ihrem Abgang vom Wohnort, wenn die Truppe, zu der sie gehören, ihr Standquartier noch nicht verlassen hat oder noch nicht angegriffen oder belagert ist. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 68 S. 59.

12) Reichsmilitärgesetz § 44 Ziff. 1 Abs. 2 sollte zweifellos mit L. R. I, 12 § 188 übereinstimmen. Die Fassung ist unglücklich, da am angeführten Ort nicht von den Personen gehandelt wird, die das Privilegium haben, sondern von dem Beginn ihres Privilegs.

13) Die Frage, ob ein Militär, welcher in der ordentlichen Form testiren wollte, und zu diesem Zweck eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene Urkunde aufsetzte, ein Soldatentestament verfertigt hat, falls die ordentliche Testamentsform nicht mehr ins Werk gesetzt werden kann, beantwortet l. 3 D. de test. mil. 29, 1: neque enim qui voluit jure communi testari, statim beneficio militari renunciavit: nec credendus est quisquam genus testandi eligere ad impugnanda sua judicia.

14) l. 26 pr. l. 38 pr. D. de test. mil. 29, 1.

oder wenn er als Kriegsgefangener oder Geißel dieses Privileg hatte, vom Tage ab, an welchem er aus der Gewalt des Feindes entlassen ist.[15]

Der Lauf der Frist wird durch anhaltende Behinderung des Testators an Errichtung einer anderweiten formgerechten letztwilligen Verfügung, also namentlich durch bewußtlosen Zustand desselben, aufgehoben.

Die Entkräftung des Militärtestaments tritt nicht ein, wenn der Testator innerhalb des Jahres vermißt wurde und seitdem verschollen ist.

d) Wer auf eine der gewöhnlichen Form entbehrenden Urkunde als auf ein Miltärtestament Rechte stützt, hat die Errichtung durch eine privilegirte Person während des Ausnahmezustandes zu erweisen. Dieser Beweis ist besonders erleichtert. Ist nämlich in einer eigenhändig unterschriebenen letztwilligen Verfügung eines militärisch Privilegirten die Zeit der Errichtung angegeben, so streitet eine gesetzliche Vermuthung für die Richtigkeit der Angabe bis zum Beweise des Gegentheils. Es tritt ferner eine gesetzliche Vermuthung für die Errichtung der Urkunde — auch der nicht datirten — während des Ausnahmezustandes ein, wenn sie während desselben oder innerhalb vierzehn Tagen nach dessen Beendigung einer vorgesetzten Militärbehörde zur Aufbewahrung übergeben, oder wenn sie in dem Feldnachlaß des Testators aufgefunden wurde.

e) Die Vorrechte der Militärtestamente bestehen nur in der Erleichterung der Form der Errichtung. Bezüglich des materiellen Rechtes sind die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes auch für Militärtestamente schlechthin maßgebend.[16]

§ 115. Quasimilitärische Testamente.

1. Aeltere gemeinrechtliche Juristen hatten auch Personen, welche auf einer Seefahrt begriffen waren, das Privilegium eingeräumt, für den Fall des Todes zur See ohne Solennität in militärischer Art zu testiren. Einen Grund im gemeinen Recht hatte dies nicht. Auch das Projekt des corpus juris Fridericiani erklärt sich gegen ein derartiges Privileg, weil diejenigen, welche eine weite und gefährliche Reise vornähmen, sich selbst zuschreiben müßten, daß sie nicht vorher ihren letzten Willen deklarirt hätten.[1]

15) Angef. § 44 Ziff. 5 Abs. 1. Das Gesetz vom 8. Juni 1860 § 10 bestimmte übereinstimmend mit L. R. I, 12 § 197, daß das privilegirte militärische Testament durch Desertion seine Gültigkeit verliere. Das Reichsmilitärgesetz hat dies nicht übernommen.

16) Reichsmilitärgesetz § 44 Abs. 1. Hierin liegt die wesentlichste Abweichung des heutigen vom römischen Militärtestament.

1) Corpus jur. Fridericiani p. II, lib. VII, tit. XI, art. 3 § 35.

Das Landrecht dagegen verstattet den zur See Befindlichen ihre Testamente „auf militärische Art" zu errichten,[2] der Schiffsführer vertritt dabei die Stelle des Officiers. Die letztwillige Verordnung hat nur Geltung, wenn der Erblasser verstirbt, ehe das Schiff einen Hafen erreicht oder wenn er nach dem Einlaufen die Zeit oder sonstige Möglichkeit nicht mehr hatte, bei einem ordentlichem Gericht zu testiren.[3]

2. Das römische Recht erleichterte die Formen für Privattestamente, die zur Pestzeit errichtet wurden.[4] Dies mag Veranlassung gegeben haben, daß das Landrecht Personen des Civilstandes verstattete, militärisch zu testiren wenn dieselben wegen ansteckender Krankheiten oder wegen Kriegsgefahr sich des richterlichen Amtes zu bedienen verhindert sind.[5] Das Privilegium nimmt von der Zeit seinen Anfang, wo der Ort oder die Gegend, Straße oder Haus wegen der Krankheit gesperrt oder wegen der obwaltenden Kriegsgefahr die Gerichte des Ortes geschlossen werden. Er dauert bis zur Aufhebung des Hindernisses. Die Stelle des Auditeurs könneu Gerichtspersonen, Prediger, Notare, Aerzte vertreten. Derartige Testamente verlieren mit Ablauf eines Jahres nach aufgehobener Sperre oder hergestelltem Rechtsgange ihre Kraft.

3. Besondere Bestimmungen bestehen auch für die letztwilligen Verfügungen der Gesandten und Geschäftsträger Preußens im Auslande, sowie für die zum Gesandtschaftspersonal gehörenden Personen.[6] Dieselbeu können nicht bloß in der Form des Rechtes ihres Anfenthaltsortes testiren, sondern auch durch eine eigenhändig geschriebene und unterschriebene datirte Verordnung. Zur Gültigkeit ist erfordert die Einsendung mittels eines eigenhändig geschriebenen und datirten Aufnahmegesuches

---

2) L. R. I, 12 § 205. Es ist anzunehmen, daß derzeit die Vorschriften des Reichsmilitärgesetzes, welche an die Stelle der preußischen getreten sind, entsprechend anzuwenden sind. Dagegen meint Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 79, daß die Testamentsform für das preußische Heer reichsgesetzlich, für die Reichsmarine aber landesgesetzlich geordnet sei! Er selbst erachtet dies Ergebniß als „verwunderlich". Das hätte wohl Mißtrauen gegen die Schlußfolgerungen einflößen können. — Die Anwendbarkeit des § 12 des Gesetzes vom 8. Juni 1860 bezüglich der in Dienst gestellten Schiffe der königlichen Marine auf die Marine des Reichs ist anzunehmen.

3) So wird L. R. I, 12 § 207 auszulegen sein.

4) l. 8 C. de testamentis 6, 23. Dernburg Pand. Bd. 3 § 72 Anm! 3.

5) L. R. I, 12 § 198 ff. K. O. vom 12. Juli 1831, betr. die Förmlichkeiten der Testamentserrichtung bei Personen, welche sich in den wegen ansteckender Krankheiten abgesperrten Häusern, Straßen oder Gegenden befinden. Es genügt polizeiliche Sperre der betreffenden Behausung, und selbst bloßer Aushang polizeilicher Warnungstafeln. Entsch. des O. Trib. Bd. 19 S. 164. Gefahren, die bloß nach der individuellen Meinung des Richters vorhanden sind, geben ihm keinen Grund, sich dem Testirakt zu entziehen, genügen aber auch nicht zur Anwendung der privilegirten Formen. Oben § 110 bei Anm. 2.

6) Gesetz über die Testamente der preußischen Gesandten und gesandtschaftlichen Personen bei fremden Höfen vom 3. April 1823. Das Gesetz bezieht sich derzeit auf

beim Minister der auswärtigen Angelegenheiten, auf Grund dessen die Verwahrung bei dem Amtsgericht II zu Berlin zu geschehen hat.[7]

Mit der Absendung an das auswärtige Amt beginnt die Gültigkeit der letztwilligen Verfügung. Sie verliert ihre Kraft mit Ablauf eines Jahres nach der auf Rückberufung erfolgten Rückkehr des Testators nach Preußen.[8]

§ 116. Das privilegirte Testament unter Kindern.

I. Die Eltern werden gewöhnlich am besten beurtheilen, welche Anordnungen über ihren Nachlaß ihrer Nachkommenschaft am meisten frommen. Dies veranlaßte bereits das römische Recht, letztwillige Verfügungen der Eltern unter den Kindern zu erleichtern. Nach justinianischem Recht konnten nämlich Testamente, wodurch Ascendenten bloß zu Gunsten ihrer Kinder Bestimmungen trafen, durch eine Urkunde errichtet werden, in welcher der Testator eigenhändig die Namen der Descendenten, ihre Erbtheile, und zwar in Buchstaben, sowie das Datum der Errichtung niedergeschrieben hatte.[1] Einer weiteren Form z. B. Zeugen, Gerichtlichkeit bedurfte es nicht. Erbeseinsetzung Dritter war aber ausgeschlossen, Vermächtnisse zu Gunsten Dritter verlangten die gewöhnliche Kodicillarform. Verschieden war die Theilung der Ascendenten unter Descendenten — divisio parentum inter liberos —, welche die Erbfolge voraussetzt und unberührt läßt. Sie erforderte nur einen schriftlichen vom Ascendenten, oder einen von sämmtlichen Descendenten unterschriebenen Aufsatz.[2]

II. Auch das Landrecht hat für letztwillige Verfügungen der Ascendenten zu Gunsten ihrer Descendenten privilegirte Formen geschaffen.[3] Es ist nur nothwendig, daß

a) entweder die Verordnung vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben wurde, Datirung ist nicht erfordert,[4]

---

die Gesandten u. s. w. des deutschen Reichs preußischer Staatsangehörigkeit. Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 §§ 19, 21, 22.

7) Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 § 89, § 104 Abs. 2 und 3.

8) Gesetz vom 3. April 1823 § 5. Kehren die gedachten Personen nach der Rückberufung nicht zurück, so bleibt ihr Testament in Kraft.

1) l. 21 § 3 C. de testamentis 6, 23, nov. 107 cap. 1 u. 2. Mühlenbruch bei Glück Bd. 42 S. 151 ff. Die Unterschrift wird vom Gesetz nicht gefordert. Vgl. aber Dernburg Pand. Bd. 3 § 72 Anm. 7. Nach der Notariatsordnung Maximilians I. § 2 soll ein derartiges Testament auch mündlich vor zwei Zeugen errichtet werden können.

2) Nov. 18 cap. 7, nov. 108 cap 3.

3) L. R. II 2, § 378 ff. R. G. im J. M. Bl. 1885 S. 157. Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 79 ff. Die Gewohnheit, Testamente gerichtlich zu errichten, und die erklärliche Neigung, bei letztwilligen Verfügungen die allersichersten Formen einzuhalten, veranlaßt, daß die erleichterten Formen des Testaments unter Kindern nicht häufig benutzt werden. Gruchot a. a. O. S. 81.

4) L. R. II, 2 § 380 a. b. c. Gemeinschaftliche Verordnung der Eltern ist in dieser Form nicht thunlich, Gruchot a. a. O. S. 87.

b) oder daß sie vor einem Notar[5] und 2 Zeugen mündlich zu Protokoll erklärt ist;[6] endlich genügt auch

c) daß der Erblasser eine auf allen Blättern und am Schluß unterschriebene Verordnung, vor einem Notar und 2 Zeugen als die seinige unter der Versicherung, sie vorher durchgelesen zu haben, anerkennt und daß dies gehörig beurkundet wird.[6] Bedingung der Gültigkeit ist hier, daß der Testator Geschriebenes lesen kann.

Meist erachtet man diese Verfügungen nur als bloße Theilungsverordnung der Eltern unter den Kindern;[7] dies ist aber nicht richtig. Allerdings kann den Kindern in solcher Form der Pflichttheil nicht entzogen werden.[8] Hiervon abgesehen aber darf der Erblasser Verfügungen jeder Art, insbesondere Erbeinsetzungen zu Gunsten von Kindern treffen,[9] insbesondere eines derselben oder Einige ausschließlich zu Erben ernennen und den Uebrigen ihren Pflichttheil in Gestalt eines Vermächtnisses zuwenden.[10]

Ascendentenverfügungen sind auch gültig, wenn sie ein förmliches Testament abändern.[11]

Zu Gunsten des überlebenden Ehegatten kann in der privilegirten Form nichts verfügt werden.[12] Ebensowenig können aber die Intestaterbansprüche des Ehegatten durch solche Verfügungen unter den Kindern Abbruch erleiden.[13]

III. Die gemeinrechtliche Form des Testaments unter Kindern ist in den neueren Provinzialgesetzen über Höferecht übernommen.[14]

§. 117. Außergerichtliche Vermächtnisse.

I. Wenn auch das Landrecht für die Regel Gerichtlichkeit bei der Anordnung von Vermächtnissen ebenso, wie bei Erbeseinsetzungen verlangte, so glaubte es doch gestatten zu müssen, daß Legate bis zum 20. Theil des Vermögens außergerichtlich vergeben werden können.[1]

---

5) Das Gesetz spricht von „Justizkommissarien". Man versteht darunter hier nur einen Notar, nicht einen Rechtsanwalt.

6) Ein gerichtliches Protokoll hat jedenfalls gleiche Kraft. So auch Eccius Bd. 4 § 249.

7) Eccius Bd. 4 § 249 Ziff. 6, jedoch vgl. dort Anm. 100 und 103.

8) L. R. II, 2 §§ 379. 381.

9) L. R. II, 2 § 383 hebt ausdrücklich hervor, daß die Eltern ihren Nachlaß unter die Kinder ungleich vertheilen dürfen. R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 937.

10) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 48 S. 56. Siehe insbesondere R. G. Bd. 26 S. 331.

11) R. G. Bd. 26 S. 330.

12) L. R. II, 2 § 381.

13) Striethorst Archiv Bd. 91 S. 77. Bolze R. G. Bd. 10 Nr. 608, Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 105.

14) Vgl. unten § 247.

1) L. R. I, 12 § 161 ff. Auch früher hielten manche gemeinrechtliche Autoren, z. B. Voet ad Pand. lib. 28 tit. 1 § 29 tenuia quaedam legata in formloser Weise für gültig.

Es genügt hierfür ein eigenhändig geschriebenes und unterschriebenes Schriftstück. Aber auch Errichtung vor einem Justizkommissar, nunmehr einem Notar unter Zuziehung eines Zeugen ließ man zu in Folge der Erwägung, daß diese Form mehr Garantien als die eines selbstgeschriebenen Testamentes giebt.[2] Der Zeuge bedarf nicht der Eigenschaften eines ordentlichen Notariatszeugen. Die Gültigkeit solcher außergerichtlichen Kodicille ist in beiden Fällen davon abhängig, daß sie mit dem Jahr und Tag der Errichtung datirt sind.[3]

II. Außerdem hat das Landrecht die fideicommissa heredi praesenti injuncta[4] des gemeinen Rechtes in der Weise übernommen, daß die mündliche Auflage die Erben höchstens bis auf den 20. Theil ihrer Erbportion verbindet.[5] Es genügt, daß der Vermächtnißwille auch nur einem der Erben gegenüber erklärt ist.[6] Nach Analogie des gemeinen Rechtes und dem Sinne der Bestimmung entsprechend wird man annehmen dürfen, daß dergleichen Vermächtnisse auch einem Vermächtnißnehmer in gleicher Weise gültig aufgelegt werden können.[7] Wenn auch das Gesetz nur vom mündlichen Auftrag spricht, so ist doch das Wesentliche die unmittelbare persönliche Mittheilung des Willens des Erblassers an den Belasteten. Es muß hiernach auch genügen, wenn der Erblasser, da er z. B. nicht mehr sprechen kann, dem Erben die Schrift in die Hand giebt, welche die Belastung enthält.[8]

Welcher Augenblick ist bei der Berechnung des Zwanzigstels der maßgebende? Nicht der zufällige Umstand, wann die Legate zur Auszahlung gelangen, kann als entscheidend angesehen werden. Zu Grunde zu legen ist — ähnlich wie im römischem Recht bei Berechnung der Falcidischen Quart — der Augenblick des Todes des Erblassers. Spätere Veränderungen sind daher einflußlos, z. B. der theilweise Erlaß einer Nachlaßschuld. Ob aber be-

2) Anhang § 34 zu L. R. I, 12 § 162, entnommen dem Reskript vom 16. Februar 1801.

3) L. R. I, 12 § 162. R. G. Bd. 32 S. 228. Blinde haben ein derartiges Recht, in außergerichtlichen Urkunden zu testiren, nicht, Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 498.

4) l. 32 C. de fideicommissis 6, 42, § 12 J. de fideic. her. 2, 23. Das s. g. Oralfideicommiß des justinianischen Rechtes konnte bekanntlich nur so geltend gemacht werden, daß dem angeblich Belasteten der Eid anvertraut wurde. Der Umfang dieses Legates war nicht besonders beschränkt.

5) L. R. I, 12 § 172 ff.

6) L. R. I, 12 § 173 erledigt eine gemeinrechtliche Streitfrage.

7) L. R. I, 12 § 172 spricht nur von der Auflage an den Erben. Da es sich um eine Ausnahmebestimmung handelt, könnte man an der Anwendung auf Vermächtnißnehmer zweifeln. Mit Recht hat sich jedoch das O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 62 S. 301 ff. nach der Absicht des Gesetzes für eine freiere Auslegung entschieden; vgl. l. 32 C. de fideicommissis 6, 42. So auch Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 138.

8) So auch Eccius a. a. O.

bingte Nachlaßforderungen oder Nachlaßschulden bei Berechnung des Vermögens des Erblassers in Anschlag zu bringen sind, ergiebt erst der spätere Eintritt oder Ausfall der Bedingung.

Nach ausdrücklicher Bestimmung des Landrechts hat der Erbe zu beweisen, daß die Vermächtnisse das Zwanzigstel der Masse übersteigen.[9] In der Regel wird dies durch Vorlegung eines Inventars über den Nachlaß geschehen.[10] Mehrere außergerichtliche Vermächtnisse, welche zusammen den Betrag des Zwanzigstels übersteigen, werden alle verhältnißmäßig vermindert, auch wenn das eine früher, das andere später angeordnet sein sollte. Gerichtlich angeordnete Vermächtnisse sind nicht einzurechnen.[11] Der Erblasser kann selbstverständlich verordnen, daß das eine der Vermächtnisse bis zum Zwanzigstel der Verminderung entzogen sein soll, so daß die Verkürzung oder auch der Ausfall nur die anderen Vermächtnisse trifft. Zweifelhaft ist die Frage, welchen Einfluß es hat, wenn einer der mehreren Legatarien das außergerichtliche Vermächtniß ausschlägt. Richtiger Ansicht nach ist es nicht mitzurechnen. Denn ein ausgeschlagenes Legat ist so zu behandeln, wie wenn es nicht erworben wäre.[12]

Ob die in einem ungültigen Testament angeordneten Vermächtnisse bis zum Zwanzigstel des Nachlasses Gültigkeit haben, ist bestritten. Die Frage ist zu bejahen wenn

a) die vom Gesetz für das außergerichtliche Kodicill erforderte Form gewahrt ist und

b) die Absicht des Erblassers, die fraglichen Vermächtnisse hinterlassen zu wollen, feststeht.[13] [14]

---

9) L. R. I, 12 § 164.

10) Es hat auch der Erbe, welcher ohne Vorbehalt antrat, nicht mehr als das Zwanzigstel des Nachlasses zu entrichten. Nur der Beweis wird ihm erschwert, wenn er kein Inventar errichtete.

11) L. R. I, 12 § 168.

12) Anders jedoch das O. Trib. Entsch. Bd. 60 S. 78, Striethorst Archiv Bd. 68 S. 250, wie auch Eccius Bd. 4 § 249 Anm. 132.

13) Entsch. d. O. Trib. Bd. 46 S. 108, R. G. Bd. 25 S. 263.

14) Wie, wenn der Erblasser, welcher Vermächtnisse in einer datirten eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Urkunde angeordnet hatte, durch ein Gesuch um eine Testamentsabordnung die Absicht kundgab, die Urkunde gerichtlich zu solennisiren, jedoch vor Ausführung dieser Absicht starb: sind dann die Vermächtnisse bis zum Zwanzigstel des Nachlasses gültig? Gruchot verneint dies. Der letzte Wille sei nicht zu seiner Vollendung gelangt, der Erblasser in der Vorbereitung stehen geblieben, so daß die Urkunde nur die Bedeutung eines Entwurfes habe, arg. l. 11 § 1 D. de leg. III. l. 29 pr. D. qui test. 28, 1. Allein die Absicht der Erhebung der Urkunde zu einer gerichtlichen beweist für sich allein keineswegs, daß der Erblasser den Willen nicht hatte, das Vermächtniß, soweit ihm dies möglich war, durch seine Unterschrift zum gültigen zu machen. Dies ist vielmehr zu unterstellen. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 40 S. 108. Siehe auch die oben § 114 Anm. 13 abgedruckte Stelle.

III. Hat der Erblasser in seinem gerichtlichen Testamente ausdrücklich verordnet, daß keine schriftlichen Aufsätze, welche sich in dem Nachlaß finden möchten, gültig sein sollen, so hat dies Kraft, auch wenn die Erklärung in dem späteren außergerichtlichen Kodicill widerrufen ist. Es kann jene gerichtliche Erklärung nur durch gerichtliche Akte beseitigt werden. Auf mündliche dem gegenwärtigen Erben gemachte Auflagen wird dies nicht auszudehnen sein.[15]

IV. Anordnungen des Erblassers, die sein Vermögen nicht betreffen, z. B. über sein Begräbniß, können in außergerichtlichen Aufsätzen desselben geschehen.[16]

§ 118. Nachzettel.

I. Im vorigen Jahrhundert war in Theorie und Praxis des gemeinen Rechtes die Ansicht herrschend, daß testamentarisch bestätigte Kodicille keiner Form bedürften,[1] während diese Auffassung heutzutage von den gemeinrechtlichen Schriftstellern vollständig verlassen ist.[2] Namentlich erlaubte man die Zufügung einer s. g. reservatorischen Klausel im Testament, kraft deren sich der Erblasser vorbehielt, später noch formlose Zettel — s. g. schedulae testamentariae — mit der Wirkung zuzufügen, daß dieselben als integrirende Theile des Testaments zu behandeln seien.[3]

II. Das Landrecht kennt einen derartigen Vorbehalt nicht. Man glaubte genug zu thun, indem man die formlose Zuwendung geringerer Vermächtnisse verstattete, und erachtete es als einen Widerspruch, daß die Ernennung des Erben an zahlreiche Förmlichkeiten gebunden werde, daß aber, wenn einmal ein Testament vorhanden und darin facultas codicillandi reservirt sei, durch dergleichen vielleicht nachgemachte oder untergeschobene Zettel fast über den ganzen Nachlaß zum Nachtheil des förmlich eingesetzten Erben disponirt werden könne.[4] Trotzdem erhoben sich nach Inkrafttreten des Landrechts Zweifel darüber, ob derartige Nachzettel nicht dennoch gültig errichtet werden

---

15) L. R. I, 12 § 163.

16) L. R. I, 12 § 169. Ueber vormundschaftliche Anordnungen vgl. V. O. § 17 Ziff. 2, oben § 81.

1) Insbesondere vertrat diese Ansicht J. H. Böhmer disp. de codicillis absque testibus validis zuerst Halae 1707, dann auch exerc. ad Pand. V, 78. Dieselbe war aber früher bereits in der Praxis herrschend. Angewendet wurde die Theorie auch vom Berliner Kammergericht, Hymmen, Beiträge Bd. 4 S. 52.

2) Vgl. Fein in Glücks Kommentar Bd. 45 S. 96 ff.; v. Kräwel Archiv für civ. Pr. Bd. 43 S. 78 ff. und Bd. 46 S. 92 ff. vertheidigt jedoch die gemeinrechtliche Gültigkeit des im Testament vorbehaltenen formlosen Kodicills. Dagegen Chop ebendas. Bd. 44 S. 335 ff., Windmüller Bd. 45 S. 361 ff.

3) Vgl. Fein bei Glück Bd. 45 S. 129 und dort Angeführte.

4) Suarez Schlußrevision in v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 78.

könnten, da eine ausdrückliche Erklärung ihrer Unzulässigkeit im Gesetz nicht getroffen war. Die Gesetzeskommission gab in einem Streitfall, mit Rücksicht auf den bisherigen Gerichtsgebrauch, ihr Gutachten für die Rechtsbeständigkeit von im gerichtlichen Testament vorbehaltenen eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Nachzetteln ab, auch wenn sie den zwanzigsten Theil des Nachlasses überschritten.[5] Der Inhalt dieses Gutachtens wurde durch das Reskript vom 3. November 1800 genehmigt, aus demselben entstand der Anhang § 35 zu L. R. I, 12 § 163.[6] Hiermit wurde freilich ein Bruch in das System gemacht, über dessen Tragweite die Meinungen sehr auseinandergehen.

a) Nach dem Wortlaut des Gesetzes soll der Vorbehalt in einem rechtsbeständigen Testamente getroffen sein. Es ist gleichwohl nicht erfordert, daß der letzte Wille, in welchem sich der Vorbehalt findet, eine Erbeseinsetzung enthalte, denn der Vorbehalt hat keine besondere Beziehung zur Erbeseinsetzung, das Wesentliche liegt nur darin, daß er in einer gerichtlichen Willensäußerung getroffen ist.[7]

In welchen Worten der Vorbehalt ausgesprochen ist, kommt nicht in Betracht, wenn nur die Absicht unzweideutig erhellt. Es genügt z. B., wenn sich der Erblasser spätere Kodicille vorbehält, auch wenn er sie nicht ausdrücklich als „außergerichtliche" bezeichnet.[8]

Unerläßlich ist für die Gültigkeit der Nachzettel, daß sie vom Erblasser „eigenhändig" unterschrieben sind. Der Erblasser kann aber noch andere Formen zur Bedingung machen.[9] Er kann ferner einen seinem Inhalt nach beschränkten Vorbehalt machen, z. B. sich ein außergerichtliches Kodicill zu Gunsten einer bestimmten Person vorbehalten. Dann können natürlich letztwillige Verfügungen anderen Inhalts nicht außergerichtlich getroffen werden. Anders wenn der Vorbehalt zu Nachzetteln unbeschränkt gemacht ist und nur als Motiv das Interesse für eine bestimmte Persönlichkeit angeführt hat.[10] In den regelmäßigen Formen des gerichtlichen Kodicills kann der

5) Rabe Bd. 6 S. 338, Rönne zu L. R. I, 12 § 163 u. Anh. § 35.

6) Der Anhang § 35 lautet: „Behält sich der Erblasser in seinem rechtsbeständigen Testamente die Befugniß vor, dasselbe durch außergerichtliche Aufsätze zu ergänzen oder abzuändern, und es finden sich dergleichen im Nachlasse, so haben sie mit dem Testamente selbst gleiche Kraft. Ob dergleichen Kodicille außer der eigenhändigen Unterschrift des Testators noch mit andern Erfordernissen versehen sein müssen, hängt von den Bestimmungen ab, welche das Testament des Erblassers dieserhalb enthält."

7) So Plenarbeschluß des Obertribunals vom 4. März 1861, Entsch. Bd. 45 S. 1 und R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 957.

8) Entsch. des O. Trib. Bd. 54 S. 111.

9) Anders l. 6 § 2 D. de jure codicillorum 29, 7.

10) Striethorst Archiv Bd. 25 S. 16.

Testator frei verfügen, selbst wenn er sich in dem Testamente Beschränkungen aufgelegt hätte.

Es ist nicht erfordert, daß die Nachzettel in Gewahrsam und Verschluß des Erblassers verbleiben, auf den Ort ihrer Aufbewahrung kommt es nicht an.[11]

b) Bestritten ist, ob der Erblasser in vorbehaltenen Nachzetteln bloß Vermächtnisse anordnen kann, oder ob er auch befugt ist, die Erbeseinsetzungen des Testaments zu ändern. Für das Letztere wird angeführt, daß auch das ältere gemeine Recht den vorbehaltenen Kodicillen eine derartige Kraft zuschrieb und daß der Anhang § 35, welcher dasselbe festhalten wollte, sich keineswegs auf Anerkennung des Vorbehaltes von Vermächtnissen beschränkte.[12] Immerhin geht die herrschende Meinung dahin, daß den Nachzetteln nur die Kraft der Anordnung und Abänderung von Vermächtnissen innewohnt. Hierfür spricht, daß das Gesetz selbst derartige Aufsätze nur als „Kodicille" bezeichnet, worunter auch der landrechtliche Sprachgebrauch nur Einzelvergabungen versteht.[13] Auch glaubte man den Vorbehalt, welcher gegenüber den Grundsätzen des Landrechts etwas durchaus Singuläres ist, in die engsten Grenzen einschließen zu müssen.[14]

Hiernach ist es unzulässig, die im Testament bestimmten Erbtheile in vorbehaltenen Kodicillen abzuändern, oder in denselben Erbeseinsetzungen oder Substitutionen zu treffen oder aufzuheben, Bedingungen zuzufügen,[15] Nacherben zu ernennen oder ihre Einsetzung zurückzunehmen.[16]

c) Durch die Zurücknahme des den Vorbehalt aussprechenden Testaments Seitens des Erblassers verlieren die in Gemäßheit des Vorbehalts errichteten außergerichtlichen Verordnungen ihre Geltung, da hiermit der Vorbehalt, auf welchem sie beruhen, kraftlos wird.[17]

---

11) Striethorst Archiv Bd. 43 S. 241 ff. Die Worte des Anh. 35 „und finden sich dergleichen im Nachlasse" bedeuten nur, dergleichen Nachzettel müssen errichtet und dürfen nicht widerrufen sein, da der Gesetzgeber nur den regelmäßigen Fall vor Augen hat. Der Nachzettel hat daher selbst dann Kraft, wenn er nicht aufzufinden wäre, wenn aber sein Inhalt nachweisbar ist, vorausgesetzt, daß er nicht widerrufen ist. — Der Erbe ist zur Verfügung über den Nachlaß, insbesondere auch beim Grundbuch legitimirt, trotzdem sich der Erblasser Nachzettel vorbehielt, solange solche nicht aufgefunden sind, Kam. Ger. Bd. 5 S. 175.

12) Sommer in Ulrichs Archiv Bd. 14 S. 621 ff., das Appellationsgericht in Naumburg in Gruchot's Beiträgen Bd. 4 S. 73, vgl. auch v. Krävel im Archiv für c. Pr. Bd. 43 S. 58 ff., Bd. 46 S. 79 ff.

13) Vgl. L. R. I, 12 § 5.

14) Vgl. L. R. I, 12 § 5, Entsch. des O. Trib. Bd. 8 S. 272. R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 990, R. G. Bd. 26 S. 234, Bolze R. G. Bd. 10 Nr. 606.

15) C. 6 pr. de jur. cod. 19, 7.

16) Gruchot Beitr. Bd. 9 S. 545 ff., Bd. 10 S. 567. Unrichtig Koch Erbr. S. 637.

17) A. Ansicht Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 506.

Drittes Kapitel.

Die allgemeinen Grundsätze über letztwillige Verfügungen.

§ 119. Bestimmtheit und Selbständigkeit des Willens.

1. Der letzte Wille soll aus den eigenen Gedanken des Erblassers hervorgehen, in seinem Innern gereift und ausgetragen sein und ihm also persönlich angehören. Daher sind die allgemeinen Grundsätze über Willen und Willenserklärungen auf letztwillige Verfügungen nicht ohne weiteres anzuwenden. Insbesondere ist es nicht wie bei Geschäften unter Lebenden zulässig, die Feststellung des Inhalts der Verfügung in die Hände Anderer zu legen, womit natürlich nicht ausgeschlossen ist, daß der Erblasser fremden Rath hört und sich aneignet, und fremde Hülfe benutzt.[1]

2. Das ältere römische Recht hatte in verwandtem Sinne den Grundsatz aufgestellt, daß der Entschluß des Erblassers ein bestimmter sein müsse. Hieran knüpfte sich die Ungültigkeit der Bedenkung einer incerta persona, d. h. einer solchen, deren Individualität sich der Erblasser nicht vorstellen konnte,[2] woraus man namentlich ableitete, daß es unzulässig sei, den zunächst ungewissen Bedachten erst durch künftige Begebenheiten bezeichnen zu lassen. Schon nach justinianischem aber[3] und ebenso nach gemeinem und nach preußischem Recht sind derartige Verfügungen gültig. Der Erblasser kann durch künftige Thatsachen seine Erben oder Vermächtnißnehmer bezeichnen lassen, sei es, daß er den Begünstigten einem bestimmten Kreis von Personen entnimmt, sei es daß selbst dies nicht der Fall ist. Vorausgesetzt ist aber, daß Merkmale angegeben sind, durch welche die Person des Belasteten inskünftige bestimmbar wird.[4] Im praktischen Leben spielt eine Rolle

---

1) Es ist nicht unzulässig, durch Fragen eine bestimmte und selbständige Erklärung des Erblassers hervorzurufen. Bejahung der Fragen durch Zeichen, z. B. durch „Kopfnicken", bildet aber keine „mündliche" Erklärung des letzten Willens und genügt nicht. A. Ansicht R. G. Bd. 31 S. 225.

2) Ulp. fragm. XXII, § 4: incerta persona heres institui non potest, velut hoc modo, quisquis primus ad funus meum venerit, heres esto, quoniam certum consilium debet esse testantis, ferner für Legate XXIV, § 18. Man ließ indessen später Legate zu, sub certa demonstratione, so daß der Erblasser den Kreis derjenigen einschränkte, aus denen der Honorirte in Folge eines zufälligen Umstandes hervorgehen sollte. Die Einsetzung eines von Person unbekannten und unbestimmten Individuums war nicht ausgeschlossen, l. 11 C. de her. inst. 6, 24.

3) § 25 J. de legatis 2, 20; dazu die restituirte l. un. C. de incertis personis 6, 48.

4) Wenn die Ungewißheit zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht beseitigt ist, wird in der Regel eine Nachlaßpflegschaft eintreten. Unter Umständen werden, dem Willen des Erblassers gemäß, die gesetzlichen Erben für die Zwischenzeit einrücken.

vorzugsweise die Zuwendung an die künftigen Erben einer gewissen Person,[5] sowie an erhoffte Glieder der Familie des Erblassers, z. B. der künftigen Nachkommen seines Geschwisters. Die Frage, wer der Bedachte ist, beantwortet sich dann nicht unmittelbar aus der letztwilligen Erklärung, es bedarf vielmehr weiterer Nachweise, z. B. in den angeführten Fällen der Legitimirung als Erbe der in Bezug genommenen Person oder als Nachkomme des Geschwisters des Erblassers. Solchergestalt eingesetzten Verwandten wird zur Beschaffung der Verkehrslegitimation, insbesondere beim Grundbuchamt, auf ihr Ersuchen eine gerichtliche ergänzende Bescheinigung des Inhalts ertheilt, daß sie der fraglichen Klasse von Personen zugehören, beziehungsweise daß sie allein dieselbe bilden.[6] Das Bedürfniß hat hier also zu einer Ausnahme von der gesetzlichen Regel geführt, daß Erbbescheinigungen nur den gesetzlichen Erben ausgestellt werden.[7]

Die dereinstige Feststellung des Begünstigten kann auch von solchen Thatsachen abhängig gemacht werden, bei welchen der künftige Wille des Erblassers maßgebend ist, z. B. es wird der künftige Ehegatte oder Diener des Erblassers zur Todeszeit bedacht. Sie kann dagegen nicht gültigerweise geknüpft werden an eine formlose spätere Bezeichnung durch den Erblasser, worüber unten das Nähere auszuführen ist.[8]

3. Ausdrücklich schreibt das Landrecht vor, es sei unzuläßig, der Willkür eines Dritten die Ernennung eines Erben oder Legatars zu überlassen.[9] Hiermit lehnt sich das preußische Recht an das römische an,[10] während

5) Werden A. „und seine Erben" bedacht, und war A. zur Zeit des Todes des Erblassers bereits verstorben, so erhalten die Erben als Vulgarsubstituten des A. die Zuwendung. Wenn sie aber auch bedacht wurden mit Rücksicht auf ihre Eigenschaft als Erben des A., so gehört darum das ihnen solcher Gestalt Zukommende doch nicht zur Erbschaft des A. Haben sie daher die Erbschaft des A. als Beneficialerben erworben, so sind sie nicht gehalten, die Nachlaßschulden aus jener Zuwendung zu berichtigen. Vgl. des Weiteren Striethorst Archiv Bd. 37 S. 94.

6) Vgl. unten § 228 Anm. 6. Ist in dem Testament des A. die Nachkommenschaft des B., welche diesen überlebt, zur Erbschaft berufen, so ist nicht dasjenige Gericht zur Ertheilung der Bescheinigung befugt, in dessen Bezirk B. seinen letzten Wohnsitz hatte, sondern das Gericht, bei welchem der jene Nachkommenschaft berufende Testator A. den letzten Wohnsitz gehabt hat. So Kam. Ger. Bd. 5 S. 29. Anders wäre es natürlich, wenn die Erben des B. berufen wären, diese würden sich in ihrer Eigenschaft als dessen gesetzliche Erben durch Erbbescheinigung des Gerichts des letzten Wohnsitzes des B., und in der Eigenschaft als Testamentserben durch das Testament des B. legitimiren.

7) Ueber alternative Erbeinsetzungen vgl. unten § 129 Anm. 2.

8) Vgl. unten § 121.

9) So L. R. I, 12 § 49. Vgl. übrigens Eccius Bd. 4 § 250 Anm. 2.

10) l. 32 D. de her. inst. 28, 5. Illa institutio, quos Titius voluerit ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est, nam satis constanter veteres decreverunt testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. Unstatthaft war den Römern zwar die Erbeseinsetzung einer bestimmten Person si Titius voluerit, nicht aber die Erbeseinsetzung unter der Bedingung einer Thatsache, die

die Geltung derartiger Verfügungen nach kanonischem und gemeinem Recht bestritten ist.[11] Die Vorschrift des Landrechts schließt richtiger Ansicht nach auch aus, die Entziehung einer Zuwendung der Willkür eines Dritten zu überlassen, da eine derartige Verfügung sachlich nicht verschieden von einer in dessen Willkür gestellten Zuwendung an die demzufolge zu Berufenden wäre.[12] Auch wird nicht zulässig sein, eine bloß in der Willkür eines Dritten beruhende Handlung als Bedingung zu setzen, da es dem Landrecht auf die Sache und nicht auf die Form ankommt. Gestattet ist dagegen, eine letztwillige Bedenkung an das sachgemäße Ermessen — boni viri arbitrium — eines Dritten zu knüpfen, z. B. in der Art, daß ein Legatar, welcher durch seine Lebensweise seine Unfähigkeit zur Verwaltung seines Vermögens an den Tag legt, des Legates verlustig gehen solle und daß die Testamentsvollzieher hierüber ausschließlich entscheiden sollen,[13] oder daß die Person desjenigen der Kinder, welches das väterliche Gut dereinst übernehmen soll, nach der vorzüglicheren Befähigung hierzu von Angehörigen oder Freunden des Erblassers bestimmt werde.[14]

Als unzulässig ist auch anzusehen, die Bestimmung der Höhe des Erbtheils oder des Gegenstandes des Vermächtnisses der nackten Willkür eines Dritten zu überlassen;[15] es steht aber nichts im Wege, dieselbe nach der Würdigung der Verhältnisse durch Dritte bestimmen zu lassen.

---

von der willkürlichen Entschließung eines Dritten abhing, obgleich dieselbe sachlich die Erbeseinsetzung seinem Ermessen überlieferte, l. 68 D. h. t. 28, 5. Verschieden war die Entwicklung bei den Legaten, man konnte das Legat in das boni viri arbitrium eines Dritten stellen, l. 1 § 1 D. de legatis II; es ist nicht unzweifelhaft, ob man es geradezu von dessen Belieben abhängig machen konnte, wogegen freilich l. 52 D. de cond. et dem. 35. 1 spricht, während l. 1 pr. D. de leg. II, l. 43 § 2 D. de leg. I, vom Standpunkt des justinianischen Rechtes aus weiter gehen. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 432 S. 94.

11) Cap. 13 X. de testamentis 3, 26, qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus. Daß der ursprüngliche Sinn dieses Stückes einer Dekretale Innocenz III. nicht soweit trägt, als dies durch die Aufnahme in die Dekretalensammlung in fragmentarischer Gestalt der Fall ist, dürfte vom Standpunkt der kanonischen Kodifikation aus kaum genügen, um den deutlich ausgedrückten Satz, welcher mit den Tendenzen des kanonischen Rechtes ganz übereinstimmt, auszumerzen. Vgl. jedoch Dernburg Pand. Bd. 3 § 76 Anm. 4.

12) Anders das O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 31 S. 7.

13) So bei Striethorst Archiv Bd. 31 S. 4 ff. Das Gericht kann jedoch nach unserer Ansicht befinden, ob der Testamentsvollzieher als bonus vir seines Amtes waltete, oder ob parteiisch in feindlichem ungerechtem Geist. Die Prüfung hierüber kann dem Gericht vom Erblasser nicht entzogen werden.

14) So lag die Sache in dem Fall bei Striethorst Archiv Bd. 26 S. 142. Es muß nicht nothwendig im Testament gesagt sein, daß die Bestimmung des Dritten eine sachgemäße sein soll, es kann sich dies, wie im dort angeführten Fall, aus dem Inhalt der Verfügung ergeben.

15) Striethorst Archiv Bd. 31 S. 7. Die Zuwendung ist dann ungültig, nicht bloß der Zusatz über die Bestimmung des Antheils.

§ 120. Die Willenserklärung.

1. Während die altrömische Jurisprudenz nur solche letztwillige Verfügungen als gültig anerkannte, welche in den hergebrachten typischen Wortformeln angeordnet waren — heres esto,[1] do lego u. s. f. — hat sich das spätere römische Recht hiervon völlig befreit.[2] Es wird hiernach gemeinrechtlich und ebenso nach preußischem Recht nur erfordert eine Erklärung des Erblassers, welche einen sicheren Schluß auf dessen Willen zuläßt. Namentlich ist nicht nothwendig, daß der Erblasser besonders kundthut, er beabsichtige einen letzten Willen, sei es ein Testament oder ein Kodicill, zu verfertigen, nicht erfordert ferner, daß er sich befehlender Ausdrücke bedient. Auch die Form einer Bitte an den Erben oder sonst Bedachten reicht dann aus, wenn die Anordnung ersichtlich verbinden, nicht bloß einen Wunsch ausdrücken soll, dessen Erfüllung in das freie Ermessen des Erben gestellt wird.

2. Die letztwillige Zuwendung kann mittelbar erklärt werden; sie muß jedoch aus dem Testamente selbst entnehmbar sein. Hierüber geht hinaus die besondere Bestimmung des Landrechts, wonach die Kinder eines Legatars, welcher vor dem Erblasser verstirbt, soweit sie dessen Erben geworden sind, an dessen Stelle treten, wenn dies aus der Verfügung erhellt, oder sonstwie als Wille des Testators erwiesen werden kann.[3] Zu diesem Nachweise können vor, wie nach der Testamentserrichtung abgegebene mündliche Aeußerungen des Erblassers dienen, z. B. nach dem Tode des Legatars gethane. — Erbeseinsetzungen dagegen erstrecken sich auf die Kinder des Bedachten nur, wenn diese Absicht in dem Testamente, wenn auch nur mittelbar und versteckt, ausgedrückt ist.[4] Das Gleiche gilt für Verfügungen in Erbverträgen.[5]

---

1) In der altrömischen Zeit konnte die Erbeseinsetzung einzig mit den Worten geschehen heres esto, selbst die Formel heredem esse jubeo mußte sich erst nach und nach durchkämpfen: Gaj. Inst. II, § 117. Aehnlich stand es bei den Legaten.

2) Konstantin II. erklärte — l. 15 C. de testamentis 6, 23 — jede Erklärung des Willens der Erbeinsetzung für genügend, und traf — l. 21 C. de legatis 6, 37 — eine entsprechende Bestimmung auch für Vermächtnisse.

3) Vgl. L. R. I, 12 § 531. Daß die Kinder als mit dem Vermächtniß bedacht anzusehen sind, wenn dies sonst, also abgesehen von der letztwilligen Verfügung, hinlänglich erwiesen werden kann, ist zweifelsohne eine Singularität. Dies giebt jedoch kein Recht, sich um deswillen mit Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 192 über das Gesetz hinwegzusetzen und die Erklärung im Testament selbst zu verlangen.

4) Die Entsch. des O. Trib. Bd. 60 S. 86, 92 bezog zwar den § 531 grundsätzlich auch auf Erbeseinsetzungen, benutzte aber die dort in Frage kommenden formlosen Schriftstücke des Erblassers nur als Mittel der Auslegung des Testamentes; in Entsch. Bd. 10 S. 129 und bei Striethorst Archiv Bd. 5 S. 113 wird § 531 nur auf Legate bezogen.

5) Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 13.

3. Das klassische römische Recht hatte die Regel positus in condicione non est positus in dispositione, wonach aus einer Bedingung, von welcher die Zuwendung an den Einen abhängig ist, die letztwillige Bedenkung eines Andern nicht entnommen werden konnte. Diese Regel, im gemeinen Recht von bestrittener Geltung, ist im preußischen Recht nicht ohne Unterscheidung anzuwenden. Vielmehr ist hier maßgebend, ob der Zusammenhang auf den Willen einer Zuwendung an jenen Andern hinweist, wie dies z. B. anzunehmen wäre, wenn der Erblasser, dessen Bruder der nächste gesetzliche Erbe ist, in der Form testiren würde: mein Neffe soll mein Erbe sein, falls mein Bruder meine Erbschaft nicht annehmen will.[6]

4. Die Bezeichnung des Bedachten muß nicht nothwendig durch seinen Namen geschehen. Es genügt jeder andere deutliche Ausdruck, z. B. mein Bruder, oder der Bürgermeister unserer Stadt.[7] Wenn die Person des Bedachten bloß durch eine Würde, ein Amt, eine Stellung bezeichnet wird, kann freilich fraglich werden, ob als bedacht anzusehen ist, wer jene Stellung zur Zeit der Errichtung des Testaments inne hatte, oder wer zur Zeit des Todes des Erblassers in dem fraglichen Verhältniß stand. In der Regel ist bei Auslegung von Testamenten, welche eine private Angelegenheit bilden und nicht Staatsakte sind, anzunehmen, daß der Erblasser Personen und nicht Stellungen im Auge hatte, also denjenigen zu bedenken beabsichtigte, welcher die fragliche Stellung zur Zeit der Testamentserrichtung bekleidete.[8] Es hat jedoch das Landrecht bestimmt, daß dann, wenn die Person des Legatars bloß durch ein Verhältniß gegen den Erblasser bezeichnet ist, wobei vorzugsweise an ein Dienstverhältniß gedacht wurde, im Zweifel als berechtigt anzusehen sei, wer zur Zeit des Todes des Erblassers in dem Verhältniß stand, und daß die im Augenblick der Errichtung in der

---

6) l. 19 D. de her. inst. 28, 5, l. 16 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6. Für die gemeinrechtliche Geltung der Regel ist u. A. Mühlenbruch bei Glück Bd. 40 S. 234, vgl. aber Dernburg Pand. Bd. 3 § 77 Anm. 6. Unger östr. Erbrecht § 14 Anm. 2 äußert, die Erbeinsetzung müsse mit dispositiven Worten geschehen, da der Wille des Erblassers sonst nicht mit hinreichender Gewißheit erkannt werden könne. Allein dieser Grund ist in seiner Allgemeinheit nicht durchgreifend.

7) War die Bezeichnung des Bedachten nur durch ein Schimpfwort geschehen, so war nach römischem Recht die Zuwendung ungültig, l. 9 § 8 D. de her. inst. 28, 5, vgl. l. 54 pr. D. de leg. I. Nach preußischem Recht wird der Richter eine derartige Ungültigkeit nicht annehmen können.

8) In l. 56 D. de leg. II wird der vermuthlichen Absicht des Erblassers entsprechend entschieden, daß ein Legat zu Gunsten des Regenten dem jeweiligen Regenten zu Gute kommen solle, ein Legat an die Regentin aber gebührt nach l. 57 D. de leg. II nur der zur Zeit der Testamentserrichtung regierenden Fürstin. Dies ist richtig. Nach l. 19 D. de rebus dubiis 34, 5 gebührt ein Legat zu Gunsten der Verwandten den zur Zeit des Todes des Erblassers Vorhandenen.

bezüglichen Stellung Befindlichen in der Regel nur dann auf das Vermächtniß Anspruch haben, wenn zur Zeit des Todes kein dem fraglichen Kreis von Personen Angehörender vorhanden ist.[9] Zuwendungen an Ehegatten und Verlobte gelten indessen regelmäßig als demjenigen gemacht, welcher zur Zeit der Testamentserrichtung in dieser Verbindung mit dem Erblasser stand; es habe denn eine noch unverheirathete oder unverlobte Person dem dereinstigen Ehegatten oder Verlobten etwas ausgesetzt.[10] Dieselben Grundsätze sollen bei Zuwendungen an den Ehegatten oder Verlobten eines Dritten gelten.[11]

5. Falsche Benennungen oder Bezeichnungen — falsa demonstratio — machen die Verfügung nicht ungültig, wenn nur die wahre Absicht des Erblassers erhellt;[12] so bei einer falschen Bezeichnung von Beruf, Vaterland, Alter des Bedachten, wie auch im Falle der Beilegung falscher Eigenschaften, z. B. der treffliche Romanschriftsteller, mein Kamerad bei Gravelotte. Selbst ein Irrthum im Namen ist unschädlich, mag er Vornamen oder Familiennamen, die Orthographie oder ganze Sylben betreffen.[13] Anders wenn der Erblasser die Personen verwechselnd einen Andern als den eigentlich Gemeinten beruft, z. B. er will den Arzt seines Kindes einsetzen und ernennt den A. als solchen, während B. der Arzt war.[14]

6. Trifft die Bezeichnung des Bedachten auf mehrere Personen zu, so hat die Auslegung den vom Erblasser Gemeinten zu ermitteln. Anderweite Erklärungen des Testators können darüber Auskunft geben, Familienverbindungen und in zweiter Linie Amts- und freundschaftliche Verhältnisse in Betracht gezogen werden.[15] Bei Unlösbarkeit des Zweifels war nach römi-

---

9) L. R. I, 12 § 546 ff. Veranlassung gab eine Verfügung der Prinzessin Amalie von Preußen, welche in einem Kodicill von 1786 unter Anderem verordnet hatte: „7. Den beiden Kavaliers einem jeden eine Dose mit Brillanten besetzt," wo denn die Kavaliere zur Zeit der Errichtung, mit denen die kurz vor dem Tode bei der Prinzessin in Dienst getreten waren, in Prozeß geriethen, welcher mit dem Siege der neu eingetretenen endete. Siehe Koch Erbrecht S. 310 und dort Angeführte.

10) L. R. I, 12 § 550 ff.

11) L. R. I, 12 §§ 552. 553.

12) l. 33 pr. D. de cond. et dem. 35, 1: falsa demonstratio neque legatario, neque fideicommissario nocet, neque heredi instituto veluti si fratrem dixerit l. 34 D. eod., l. 48 § 3, l. 58 § 1 D. de her. inst. 28, 5. Es gilt dies z. B. auch, wenn Jemand ein Kind im Mutterleibe zu Erben einsetzt, welches ohne sein Wissen bereits geboren ist, l. 25 § 1 D. de liberis et postumis 28, 2.

13) § 29 J. legatis 2, 20, l. 4 C. de testamentis 6, 23. Schreibfehler sind überall zu berichtigen.

14) l. 9 pr. D. de her. inst. 28, 5 . . alium scripsit in corpore hominis errans.

15) L. R. I, 12 § 540 ff. Vgl. l. 63 § 1 D. de her. inst. 28, 5.

schem Rechte die Bestimmung als nicht geschrieben zu erachten.[16] Das Landrecht läßt Theilung eintreten.[17]

Bleibt zweifelhaft, welche von mehreren Sachen vermacht ist, so hat der Beschwerte die Wahl.[18]

Wenn der Erblasser eine größere Summe angegeben haben sollte, als er nachweisbar wollte, so wird die zugedachte Summe geschuldet, da sie in der größeren, die der Erblasser schrieb, enthalten ist.[19] Schrieb der Erblasser eine geringere Summe nieder, als er beabsichtigte, so genügt der Nachweis, daß er mehr zuzuwenden gedachte, nicht, um die größere Summe als legirt anzusehen.[20]

Hat der Erblasser der Zuwendung eine Bedingung zugefügt, die er nicht beabsichtigte, so ist sie als nicht zugefügt anzusehen und die Zuwendung als unbedingte aufrecht zu erhalten. Ist eine Zuwendung unbedingt geschrieben, während der Erblasser erweislich Bedingungen zufügen wollte, so ist die Verfügung nichtig, sie ist nicht fertig geworden.[21] [22]

§ 121. Vollendung der Erklärung.

1. Die Willenserklärung muß in allen wesentlichen Theilen vollständig sein. Hätte z. B. der Testator die Summe, welche er zu vermachen

---

16) l. 4, l. 27 D. de rebus dubiis 34, 5, vgl. l. 21 § 1 D. qui test. facere 28, 1.

17) L. R. I, 12 § 542, vgl. A. G. O. I, 13 §§ 29. 30, oben Bd. 1 § 36 Anm. 6. Aehnlich schon Aeltere bei Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 202 Angeführte. Dort wird genannt Groenewegen de leg. abrog. et inusit. ad l. 3 § 7 D. de adim. leg. Schilter exerc. ad Pand. 39, 114. — Dagegen spricht sich aus Gans Archiv f. civ. Pr. Bd. 1 S. 457. Der Wille des Testators wird hiernach allerdings nicht ganz erfüllt, weil er nicht erkennbar ist, daß er aber annähernd erfüllt wird und zwar mehr, als wenn keiner der Streitenden etwas erhält, ist offenbar.

18) Vgl. l. 32 § 1, l. 37 § 1, l. 39 § 6 D. de leg. I.

19) l. 9 §§ 3. 4 D. de her. inst. 28, 5.

20) Anders jedoch die Römer l. 9 § 2 D. de her. inst. 28, 5, l. 15 pr. D. de leg. I.

21) Vgl. L. R. I, 12 § 64. Die Ausführung des Textes entspricht den Auffassungen der römischen Juristen, l. 9 § 5 D. de her. inst. 28, 5. Der Fall der l. 8 C. de inst. et subst. 6, 25 ist ein anderer, vgl. Vangerow Bd. 2 § 433 Anm. 1, I, unter 4.

22) Welche Willenserklärung gilt, wenn dieselbe Anordnung einmal bedingt und einmal unbedingt ausgesprochen ist? Man nimmt an, daß die letzte Erklärung die entscheidende ist, Koch Erbrecht S. 237, Förster Bd. 4 § 250, vgl. aber auch Eccius das. Anm. 66. Dies ist selbstverständlich, wenn, wie die angezogenen Stellen L. R. I, 12 § 572 ff. voraussetzen, die Erklärungen in verschiedenen Urkunden abgegeben sind. Die Frage ist aber, wie es sich verhält, wenn die verschiedenen Erklärungen demselben Testirakt angehören, insbesondere in demselben schriftlichen, dem Gericht übergebenen Testamente stehen. Hier kann das unten Geschriebene als authentische Interpretation des oben Geschriebenen aufzufassen sein. Sofern dies nicht thunlich ist, ist die unbedingte Zuwendung maßgebend, denn sie ist ebenso gut getroffen, wie die bedingte, und der Bedachte kann aus ihr unbedingte Rechte herleiten, sofern sie nicht vom Erblasser eingeschränkt werden sollten. l. 27 § 1 D. de her. inst. 28, 5.

gedachte, in der Urkunde noch offen gelassen, und die Lücke aus Uebersehen nicht ausgefüllt,[1] so wäre kein Legat zu Stande gekommen, auch wenn er seine Entschlüsse über den Betrag anderweit geäußert hätte. Ebenso stünde es, wenn der Testator den Namen des Bedachten, ohne ihn in der Urkunde auf andere Weise zu bezeichnen, offen ließ, etwa bloß, weil er ihn orthographisch richtig oder kalligraphisch schön eintragen wollte, und wenn er die Ausfüllung der Lücke versäumte.[2] Es ist also eine ungenaue und unrichtige Erklärung, die durch Auslegung richtig gestellt werden kann, anders zu behandeln, als eine unvollständige, die eben, weil der Testator nicht fertig geworden ist, kraftlos ist.

2. Seit der klassischen Kaiserzeit gestattete man in Rom, daß der Erblasser in dem formalisirten Testamente den Honorirten der Art bezeichnete, daß er bezüglich desselben auf anderweite Erklärungen, die schon abgegeben waren oder abgegeben werden sollten; verwies, z. B.: Erbe soll sein, wessen Name sich bei meinem Tode auf einem Zettel in der Schublade meines Schreibtisches befindet.[3] Offenbar liegt in einer solchen Verfügung, der s. g. heredis institutio mystica, etwas Abnormes und Zweckwidriges, denn zweckwidrig ist es, das Gehäuse mit reichen Formen zu umgeben, den Kern der Erklärung aber, die Benennung des Honorirten von der Form ledig zu sprechen. Es hatte, wie es scheint, in der klassischen Kaiserzeit die Zulassung völlig formloser Fideikommisse das Gefühl der Wichtigkeit der Form für letztwillige Verfügungen abgestumpft. Ob diese mystischen Verfügungen gemeinrechtlich seien, blieb zwar nicht unbestritten,[4] allein das gemeine Recht in seiner

---

1) Hat der Erblasser zwar eine Summe genannt, aber die Angabe der Münzsorte unterlassen, z. B. nicht zugefügt, ob Mark oder Thaler, so ist die Lücke durch Auslegung zu ergänzen, vgl. l. 21 § 1 D. qui test. facere 28, 1, l. 50 § 3 D. de leg. I. Der Sprachgebrauch des Erblassers ist hier besonders von Erheblichkeit. Im Zweifel ist die geringere Münze als gemeint anzusehen, l. 75 D. de leg. III. Vgl. unten § 122 Anm. 15. Die Auslegungsregel in L. R. I, 12 § 450 bezüglich der Verfügungen, die keine „Münzsorte" bestimmen, hat keine Anwendung auf die unter der Herrschaft der Reichsmünzgesetze errichteten Testamente. — Erklärte der Erblasser, er wolle seine Verordnung noch erläutern, z. B. den Umfang des vermachten Grundstückes näher bezeichnen, und hat er dies unterlassen, so ist die Veordnung gleichwohl gültig, sofern sie auch ohne die Erläuterung des Erblassers verständlich ist. l. 8 C. de hered. inst. 6, 25; vgl. unten § 129 Anm. 4.

2) l. 4 D. de rebus dubiis 34, 5. Es genügt auch nicht die Erklärung des Erblassers im Testament, daß er etwas zu Gunsten einer bestimmten Person letztwillig zu verfügen beabsichtige, l. 34 pr. D. de leg. II; vgl. auch l. 72 § 8 D. de cond. 35, 1.

3) Nach l. 38 D. de cond. et dem. 35, 1 hatten schon die Juristen der republikanischen Zeit Legate in der Form zugelassen, „quantum ei per epistolam scripsero, heres dato." In der Kaiserzeit kam es dann zur Anerkennung von Testamenten der Art „quem heredem codicillis fecero, heres esto", vgl. die noch weiter gehende l. 25 D. de rebus dubiis 34, 5, siehe auch Fein bei Glück Bd. 45 S. 116.

4) Einige gemeinrechtliche Juristen suchten der Anomalie dadurch zu steuern, daß sie für die in Bezug genommenen Zettel nach l. 8 C. de codicillis 6, 36 die Kodicillar=

Schwäche gegenüber dem Buchstaben der römischen Quellen konnte sich ihrer Anerkennung nicht entziehen.

Das preußische Recht hat zwar die mystische Erbeseinsetzung nicht abgeschafft, jedoch die Anforderung gestellt, daß die Person des Bedachten entweder im Testamente selbst, oder in einem Aufsatze enthalten sein müsse, der demselben beigelegt wird.[5] Anderen Urkunden kann also der Erblasser die Bezeichnung der Person des Bedachten nicht vorbehalten.[6] Demgemäß ist auch ungültig eine allgemeine Bekräftigung der in einem älteren ungültigen oder aufgehobenen Testamente enthaltenen Erbeseinsetzung, sofern dasselbe nicht in gerichtlicher Verwahrung geblieben ist. Ungültig wäre ferner die in ein Testament aufgenommene Bestimmung, wonach Jemand, z. B. der Testamentsvollstrecker, nicht genannten Dritten, nach von dem Testator anderweit ertheilten oder zu ertheilenden Anweisungen gewisse Zuwendungen machen soll. Wird jedoch Jemand in einem Testamente als Erbe oder Vermächtnißnehmer benannt, so findet eine Anfechtung nicht auf Grund der Behauptung statt, daß der Benannte den Auftrag — das tacitum fideicommissum — habe, das Zugewendete nicht im Testamente genannten Personen zuzustellen, wohl aber wenn nachweisbar ist, daß diese Form zur Umgehung gesetzlicher Bestimmungen, z. B. der Erbunfähigkeit wegen Theilnahme am Ehebruche gewählt sei. Denn ungültig ist, was in fraudem legis geschieht.

---

form — oben § 103 Abs. 2 — forderten. Berger oec. jur. lib. 2 tit. 4 n. 4, n. 6 erachtet geradezu das mystische Testament für unzulässig geworden, doch konnte er nicht durchdringen. Man ging sogar soweit auch in mündlichen Testamenten die Verweisung für zulässig zu erachten. Windscheid B. 3 § 546 Anm. 10, dagegen Dernburg Pand. Bd. 3 § 78 Anm. 13.

5) L. R. I, 12 §§ 47, 48: „Der Erblasser kann die Person des Erben oder Legatarii durch bloße Beziehung auf einen anderen Aufsatz bezeichnen. Ein solcher Aufsatz muß aber dem Testamente selbst, allenfalls besonders versiegelt, beigelegt werden." Diese Bestimmungen lassen mehrfache Zweifel offen. Es fragt sich, ob der beigelegte Aufsatz vom Erblasser unterschrieben sein muß, was anzunehmen ist, da die Unterschrift — vgl. L. R. I, 12 § 101 — ein nothwendiges Element einer Schrifturkunde, jedenfalls einer letztwilligen Verfügung ist. Die Beilegung des Aufsatzes kann auch nachträglich geschehen: indessen bedarf es dann bei dessen Annahme der Beobachtung aller Formen des Testamentes. Personen, welche nur mündlich testiren können, wie Minderjährige unter achtzehn Jahren und Blinde, können keinen Aufsatz beilegen, da sie dann insoweit nicht mündlich testiren würden, vgl. Bornemann Bd. 6 S. 58 ff. Es wird der Testator übrigens, da er mittels einer verschlossenen Urkunde testiren kann, nur sehr selten auf den Gedanken gerathen, den Namen des Bedachten in einer besonderen Urkunde beizulegen. Praktisch kommt das mystische Testament daher selten vor. Das französische Recht und das österreichische Gesetzbuch lassen mystische Testamente nicht zu.

6) Ungültig wäre eine Bestimmung, wie sie in l. 10 pr. D. de cond. inst. 28, 7 für gültig erklärt wird, si codicillis Sejum heredem scripsero, heres esto: est enim condicionalis haec institutio.

§ 122. Auslegung letztwilliger Verordnungen.[1]

1. Die Auslegung letzter Willen bietet um deswillen besondere Schwierigkeiten, weil sie häufig vor längerer Zeit errichtet, nicht selten auf Thatsachen fußen, welche sich zur Zeit des Todes des Erblassers bereits in erheblicher Weise umgestaltet haben, ferner, weil derjenige, von dem die Anordnung herrührt, wenn sich der Streit über ihren Sinn und ihre Tragweite erhebt, nicht mehr vorhanden ist. Der Richter hat die Schwierigkeiten zu lösen durch treues Eingehen in die Grundgedanken des Testators, durch Erwägung aller bezüglichen Verhältnisse zur Zeit der Errichtung des Testamentes, und durch die Vergegenwärtigung dessen, was der Erblasser hiernach gewollt und nicht gewollt haben wird. Zu vermeiden ist engherzige Wortauslegung, wie andererseits Willkür. Die Aufgabe ist, den Inhalt der Verfügung des Erblassers zu entwickeln, die Rolle eines zweiten Testators darf sich der Richter nicht anmaßen.

2. Im Allgemeinen finden die für Willenserklärungen überhaupt gegebenen gesetzlichen Vorschriften auch auf letztwillige Erklärungen Anwendung.[2] Ist also die Erklärung des Testators zweideutig, so wird der Richter in erster Linie den Sprachgebrauch zu Grunde zu legen haben, dessen sich der Erblasser bei anderen Gelegenheiten regelmäßig bediente[3] oder wie er sich aus den Gewohnheiten des Ortes, des Standes, welchem der Testator angehörte, ergiebt.[4] Ebenso können die Zwecke, welche der Erblasser offensichtlich verfolgte, die Lebensstellung des Bedachten, sein Verhältniß zum Erblasser Anhaltspunkte geben. Auch Erklärungen des Erblassers bei anderen Gelegenheiten über den Sinn seiner zweideutigen letztwilligen Erklärung, z. B. etwaige frühere Entwürfe, sind in Betracht zu ziehen.[5] Natürlich kann dies aber nicht behufs Unterstellung von Zuwendungen geschehen, welche nicht aus dem Te-

1) L. R. I, 12 § 519 ff. Vgl. auch unten § 147. Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 172 ff. Eine früher viel benutzte Schrift war die von Fridericus Mantica tractatus de conjecturis ultimarum voluntatum Venetiis 1579, Francofurti 1580.

2) Vgl. L. R. I, 12 § 556.

3) L. R. I, 4 § 71. Hätte z. B. ein unehelich Geborener, welcher keine Verwandten im Sinne des Gesetzes hat, seine Blutsverwandten zu Erben eingesetzt und als solche bei Lebzeiten seine Geschwister, die ehelichen Kinder seiner Mutter, erachtet und angesehen, so wären diese zweifelsohne berufen. Eine Anwendung des Grundsatzes unseres Textes macht L. R. I, 12 § 555: Kann erwiesen werden, daß der Erblasser mit der im Testamente gebrauchten Benennung eine gewisse Art von Sachen zu bezeichnen gewohnt gewesen sei, so geht dies dem Urtheile der Sachverständigen vor.

4) l. 50 § 3 D. de legatis I: ante omnia patris familias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est, sed et mens patris familias et legatarii dignitas vel caritas et necessitudo . . .

5) L. R. I, 4 § 71. l. 21 §. 1 D. qui testamenta facere possunt 28, 1.

stamente selbst herzuleiten sind. Ob der Erblasser die Verhältnisse zu Grunde legte, wie sie zur Zeit der Abfassung seines Testamentes waren und ihm lebendig vor Augen standen, oder ob nach seiner Absicht der Zustand zu der Zeit maßgebend sein sollte, in welchem die Verfügung ihre Wirkung äußern sollte, wird oft mehr oder weniger zweifelhaft sein und ist nach der besonderen Sachlage zu beurtheilen.[6]

3. Im deutschen Leben gilt die gesetzliche Erbfolge als das Regelmäßige und Ordnungsmäßige. Sie bildet daher auch beim Entwerfen eines letzten Willens den Hintergrund, von welchem die Testatoren ausgehen, so daß Abweichungen von ihr bestimmt hervorgehoben werden, während man ihre Regel im Uebrigen als selbstverständlich voraussetzt. Deshalb nahmen schon die gemeinrechtlichen Praktiker, allerdings kaum in Uebereinstimmung mit den römischen Anschauungen, an, daß die letztwilligen Verordnungen möglichst im Anschluß an die Normen der Intestaterbfolge auszulegen seien.[7] Aehnlich will das Landrecht fehlende Bestimmungen nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge ergänzt haben.[8] Daß sich dies nicht bloß auf Ergänzung von Lücken bezieht, wie Manche vermeinen,[9] sondern auch zur Auslegung in Zweifelfällen dienen soll, ergiebt die Stellung dieser Bestimmung unter den Auslegungsregeln, entspricht auch dem vermuthlichen Willen des Erblassers.

Insbesondere ist hiernach bestimmt, daß dann, wenn der Erblasser seine „Verwandten" ohne nähere Bezeichnung als Erben einsetzt, diejenigen berufen sind, welche zur Zeit seines Ablebens seine gesetzlichen Erben wären.[10] Hätte ferner der Erblasser seine „nächsten Verwandten" eingesetzt, so würde die Nähe nicht einfach nach der Nähe des Grades, sondern nach der Ordnung der Intestatberechtigung zu bemessen sein.[11] Wenn freilich der Erblasser seine „Geschwister" zu Erben einsetzt, so schließt er damit deutlich die Nachkommen von vorverstorbenen Geschwistern aus, obgleich dieselben neben

---

6) Vgl. einerseits oben § 120 Ziff. 4, andererseits unten § 139.

7) Vgl. die bei Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 179 Anm. 3 angeführten Schriftsteller, insbesondere Carpzov jurispr. for. p. III const. 9 def. 17: in dubio praesumitur testator se voluisse confirmare jure communi. Siehe auch oben § 91 bei Anm. 4.

8) L. R. I, 12 § 521.

9) Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 178, Eccius Bd. 4 § 254 S. 439.

10) So ausdrücklich L. R. I, 12 § 522. Dies gilt auch für den Fall, daß die Verwandten zu Nacherben eingesetzt sind, sofern nicht die Absicht des Testators zu Tage tritt, daß die bei Eintritt des Substitutionsfalles Nächsten zur Erbschaft berufen sein sollen, vgl. unten § 183 Anm. 7.

11) Bei Seuffert Archiv Bd. 10 Nr. 269 hatten Eheleute in ihrem gegenseitigen Testamente ihre nächsten Verwandten zu Erben eingesetzt. In dem Streite, ob hiernach nur Geschwister oder auch Kinder vorverstorbener Geschwister berufen seien, wurde für die letzteren erkannt.

jenen Geschwistern seine gesetzlichen Erben wären, da kein Testator über den Sinn jenes Wortes im Zweifel sein wird; er beruft hiermit ferner halbbürtige wie vollbürtige Geschwister.[12] Wo der Sinn der Verfügung klar ist, kann auf die gesetzliche Erbfolge nicht zurückgegangen werden.[13]

4. Den allgemeinen Grundsätzen über Auslegung der Rechtsgeschäfte entspricht es, daß letztwillige Verfügungen im Zweifel so gedeutet werden sollen, wie sie nach Vorschrift der Gesetze am besten bestehen können;[14] nicht weniger daß bezüglich letztwilliger Belastungen die Auslegung zu Gunsten des Erben geschehen soll, wenn der Zweifel über die Tragweite derselben nicht zu heben ist.[15]

5. Bleibt es zweifelhaft, ob der Erblasser Jemanden zum Legatar ernennen wollte, so ist das Letztere anzunehmen — denn es steht dann nicht fest, daß der Erblasser die gesetzliche Erbfolge ausschließen wollte.[16]

6. Weiter ist hervorzuheben, daß bei letztwilligen Verordnungen unter dem Ausdruck „Kinder" auch entferntere Nachkommen verstanden werden, vorausgesetzt, daß denselben aus dem Vermögen ihrer unmittelbaren Eltern ein Pflichttheil zukommt. Hieraus ergeben sich für die Erbeinsetzung der Kinder des Erblassers zwei wichtige Rechtssätze. Einmal sind die Abkömmlinge bereits verstorbener Kinder neben den zur Zeit der Testamentserrichtung lebenden Kindern des Erblassers näheren Grades berufen; dann aber gelten die Descendenten der zur Zeit der Testamentserrichtung lebenden Kinder des Erblassers den Letzteren als substituirt. Diese Rechtssätze sind auch entsprechend im Falle der Einsetzung der Kinder des Erben, sowie der Legatare anzuwenden.[17]

---

12) Andere wollen die gesetzliche Erbfolgeordnung auch hier eintreten lassen. Eccius Bd. 4 § 254 Anm. 14. Mantica a. a. O. lib. VIII tit. 13 n. 1, Voet ad. Pand. 28, 5 n. 17; vgl. dagegen Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 181.

13) Bezüglich der Vertheilung der Erbschaft vgl. unter § 129 Ziff. 1.

14) L. R. I, 12 § 519. Ein Beispiel giebt Entsch. des O. Trib. Bd. 10 S. 124 ff., ferner Gruchot Beitr. Bd. 4 S. 279. Die Regel ist eine römische l. 24 D. de rebus dubiis 34, 5, vgl. cap. 26 X. de sent. et re judic. 2, 27.

15) L. R. I, 12 § 520. Vgl. die Fälle in l. 29 § 1 D. de leg. III, l. 43 § 1 D. de leg. II, l. 17 D. de R. J. 50, 17. Mantica de conject. ult. volunt. lib. VII tit. I n. 9: testator magis diligere praesumitur heredem quam legatarium ed ideo ea interpretatio est facienda, ut testator videatur minus heredem gravare. Siehe auch Seuffert Archiv Bd. 7 Nr. 72, wo mit Recht bemerkt wird, die Regel sei erst ganz zuletzt anzuwenden, wenn sich alle übrigen Gründe für und wider das Gleichgewicht halten. Vgl. ferner R. G. Bd. 23 S. 192.

16) Vgl. aber Rechtsfälle Bd. 1 S. 202.

17) L. R. I, 12 § 526, weiteres § 527 ff. Vgl. übrigens oben § 1. Aber nur um vulgare nicht um fideikommissarische Substitution handelt es sich, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 720. Ueber L. R. II, 2 § 443 siehe unten § 198 Anm. 2.

Zu den Kindern im Sinne dieser Vorschrift gehören durch nachfolgende Ehe, sowie durch Reskript Legitimirte, Adoptivkinder, ebenso uneheliche Kinder bei Verfügungen der Mutter.

Ob der Ausdruck „Kinder" bei Verfügungen des Erzeugers auch auf Uneheliche zu beziehen ist, ist nach der besonderen Sachlage zu beurtheilen. Dabei fällt ins Gewicht, daß keine ehelichen Kinder vorhanden, daß das uneheliche Kind vom Erblasser als von ihm erzeugt anerkannt war.[18] Auch ob Pflegekinder, Einkindschaftskinder unter Kindern verstanden werden können, ist Frage des besonderen Falles.[19]

7. Hat der Erblasser das Betragen des Erben oder Legatars der Aufsicht gewisser Personen unterworfen, so legt dies das Landrecht dahin aus, daß im Falle eines dem Willen des Erblassers zuwiderlaufenden Benehmens des Bedachten, auf Antrag des Aufsehers nach vorgängiger gerichtlicher Verwarnung eine gerichtliche Verlustigung ausgesprochen werden kann.[20] Zu wessen Gunsten dieselbe einzutreten hat, ist nach dem Inhalt der letztwilligen Verfügung zu beurtheilen.

§ 123. Zeitbestimmungen bei letztwilligen Zuwendungen.

I. Das römische Recht, welches ursprünglich auch bei Vermächtnissen zeitliche Begrenzungen nur in beschränktem Maße anerkannt hatte,[1] ließ sie in seiner jüngsten Gestalt bei diesen unbeschränkt zu.[2] Einer Erbeseinsetzung dagegen konnten in Rom Zeitbestimmungen nicht zugefügt werden, weil der Erbe, wenigstens der Idee, nach den Erblasser vom Todestage ab und weil er ihn dauernd repräsentiren sollte. Man strich daher die ungehörige Beschränkung und ließ die Erbeseinsetzung als unbetagte bestehen.[3] Nur bei Testamenten der Soldaten war ihrem Willen entsprechend die Zeitbestimmung gültig.[4]

---

18) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 46 S. 117.

19) Andere Regeln sind zum Theil an anderem Orte zu besprechen, zum Theil singulärer Natur. Nach L. R. I, 12 § 523 z. B. soll bei Adeligen, welche etwas zum Flor der Familie aussetzen, zu vermuthen sein, daß das Zugewendete nur Männern zufallen soll. Aber nicht minder ist anzunehmen, daß dann nur durch den Mannesstamm Verbundene bedacht sein sollen.

20) L. R. I, 12 § 517.

1) l. 44 § 1 D. de O. et A. 44, 7, vgl. fragmenta Vat. § 48, ergeben dies jedenfalls für Legate ad diem.

2) In l. ult. C. de legatis 6, 37 aus dem Jahre 532 verstattet Justinian Legate ad diem.

3) l. 34 D. de hered. inst. 28, 5. § 9 J. eod. 2, 14. Vgl. freilich l. 23 D. de her. inst. 28, 5 und Leist bei Glück Serie der Bücher 37 und 38 Th. 4 S. 288. Unseres Erachtens sollte in der l. 23 cit. nur die Rede sein von einer Bedingung mit bestimmtem oder unbestimmtem Termine, vgl. l. 91 D. de cond. et dem. 35, 1.

4) l. 41 D. de test. militis 29, 1.

II. Nach preußischem Rechte sind Anfangs- und Endtermine zulässig bei Erbeseinsetzungen, wie bei Vermächtnissen.[5] Der Erblasser kann den Einen bis zu einem bestimmten oder noch ungewissen Zeitpunkte zu Erben einsetzen, den Anderen von da ab ernennen. Der zweite ernannte Erbe ist dann fideikommissarischer Substitut. Es ist ferner zulässig, einen Testamentserben erst von einem Zeitpunkte an, oder bis zu einem Zeitpunkte zu berufen, ohne für die Zwischenzeit oder Folgezeit Bestimmung zu treffen. Dann treten die Intestaterben in die Lücke, so daß der Testamentserbe, welcher von einem Anfangstermine an berufen ist, als fideikommissarischer Substitut der gesetzlichen Erben gilt, während die gesetzlichen Erben als die fideikommissarischen Substituten der bis zu einem Endtermine eingesetzten Testamentserben anzusehen sind.[6] Und zwar sind diejenigen gesetzlichen Erben als fideikommissarisch substituirt zu erachten, welche zur Zeit des Todes des Erblassers die nächsten waren, so daß sie ihren Anspruch auf ihre Erben übertragen, und nicht etwa diejenigen eintreten, welche beim Ablauf des Endtermins die nächsten gewesen wären.

Hat der Erblasser die Testamentserben von einem Anfangstermine an berufen und für die Zeit vorher andere Erben nicht genannt, die gesetzlichen Erben aber ausdrücklich ausgeschlossen, so kann dies nur den Sinn haben, daß die Ausübung des Rechts der Testamentserben bis zum Herankommen des Termins aufgeschoben ist. Für die Zwischenzeit wird der Erblasser dann zweckmäßigerweise durch Einsetzung einer Testamentsvollstreckung sorgen, welche für den Testamentserben verwaltet, fehlt es hieran, so kann vom Gericht ein Pfleger ernannt werden.[7] Hätte der Erblasser seine Testamentserben unter einem Endtermin eingesetzt und die gesetzlichen Erben ausdrücklich auch für die Folgezeit ausgeschlossen und wäre auch sonst nicht ersichtlich, wem zu Liebe er den Endtermin zufügte, so wäre derselbe wirkungslos.

Nach der Regel des preußischen Rechts gelten Zeitbestimmungen, von welchen ein Anspruch abhängig gemacht ist, gewöhnlich als im Interesse beider Theile zugefügt. Bei Vermächtnissen dagegen gilt die Frist zur Uebergabe oder Bezahlung einer vermachten Sache oder Summe als nur zu Gunsten des Erben bestimmt, so daß dieser die Uebergabe oder Zahlung auch früher vornehmen darf.[8]

---

5) L. R. I, 12 §§ 259, 260. So schon Projekt des corp. juris Fridericiani p. II lib. VII tit. 13 § 14.

6) So L. R. I, 12 § 260. Für den Fall, daß neben dem auf Zeit eingesetzten Erben testamentarische Miterben eingesetzt sind, ohne zeitlich beschränkt zu sein, haben diese Miterben im Zweifel ein vorgehendes Recht. Vergl. unten § 130.

7) Vormundschaftsordnung § 90.

8) L. R. I, 12 § 330, vgl. hiermit L. R. I, 5 § 241.

§ 124. Bedingungen letztwilliger Verfügungen.[1]

1. Das jüngste römische Recht ließ bei Vermächtnissen wie aufschiebende, so auch auflösende Bedingungen zu.[2] Bei Erbeseinsetzungen dagegen erkannte man, abgesehen von Soldatentestamenten, auflösende Bedingungen nicht an, da auch sie unvereinbar mit der Regel semel heres, semper heres gewesen wären.[3] Man erachtete sie als nicht zugefügt, berief den Erben sonach bedingungslos. Aufschiebende Bedingungen waren in Rom auch bei Erbeseinsetzungen zulässig.

2. Das preußische Recht, welches die Regel semel heres, semper heres aufgegeben hat, läßt auflösende Bedingungen auch bei Erbeseinsetzungen zu.[4] Die Rechtsverhältnisse sind dann entsprechend den bei einer Einsetzung unter einem Endtermine eintretenden.[5]

3. Die Behandlung der aufschiebenden Bedingungen ist nach Landrecht vom römischen Recht wesentlich verschieden. Auch für sie mußte die Aufhebung der Regel, daß niemand theilweise aus einem Testamente, theilweise ab intestato beerbt werden könne, von Bedeutung werden.

Nach römischem Rechte gab es nämlich keine Intestaterben, so lange noch ungewiß war, ob Jemand aus dem Testamente Erbe werde.[6] Die Erbschaft war daher, während die Bedingung einer Erbeseinsetzung schwebte, ruhend; inzwischen konnte ein curator hereditatis jacentis ernannt, oder Konkurs eröffnet werden.[7] Es stand ferner dem bedingungsweise zum Erben Eingesetzten in Rom frei, eine bonorum possessio zu erlangen, durch welche er Obhut und Verwaltung der Masse interimistisch erhielt, wogegen die etwaigen Substituten, je nach Lage der Umstände und ihrer etwaigen Gefährdung Sicherstellung für Herausgabe des Nachlasses im Falle des Ausfallens der Bedingung verlangen konnten.[8]

---

1) L. R. I, 12 § 478 ff. Tit. Dig. de condicionibus institutionum 28, 7. Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 45 ff.

2) l. 26 C. de legatis 6, 37. Anders nach älterem Rechte bei den Legaten bezüglich der Resolutivbedingungen.

3) Vgl. l. 15 § 4 D. de test. mil. 29, 1. — Neuere wollten die Resolutivbedingung in eine entgegengesetzte Suspensivbedingung verwandeln. Vgl. dagegen Vangerow Bd. 2 § 434 Anm. 1. Eher könnte man vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus ein Universalfideikommiß unterstellen. Dernburg Pand. Bd. 3 § 82 Anm. 3.

4) Dies geschah bereits durch das Projekt des corp. jur. Frider. p. II lib. 7 tit. 13 §§ 8, 9. — L. R. I, 12 § 489.

5) Die Resolutivbedingung schließt eine selbständige Berufung in sich; L. R. I, 4 § 115 kommt zur Anwendung.

6) l. 39 D. de. a. vel. o. h. 29, 2.

7) l. 23 §§ 2, 3 D. de hered. inst. 28, 5.

8) Leist bei Glück Serie der Bücher 37 und 38 Theil 4 S. 287. Dernburg Pand. Bd. 3 § 82 Abs. 2.

Diese dem neueren Rechtsbewußtsein zuwiderlaufenden Rechtssätze konnte das gemeine Recht nur in gewissem Maße überwinden;[9] wohl aber geschah dies durch das preußische Recht. Hiernach bleibt der gesetzliche Erbe im Besitze und Genusse des Nachlasses, bis die Bedingung der testamentarischen Erbeinsetzungen eintritt, es habe denn der Erblasser ein Anderes vorgeschrieben.[10] Es liegt also in der aufschiebenden Bedingung in der Regel eine doppelte Berufung. Auch wenn der gesetzliche Erbe seiner Person und seinem Aufenthalte nach nicht bekannt ist, kann der bedingt eingesetzte Testamentserbe keine Einweisung in das Vermögen fordern, vielmehr ist für die Zwischenzeit dem Nachlaß ein Pfleger zu bestellen.[11] Zwischen dem bedingt Eingesetzten und dem gesetzlichen Erben tritt im Falle des Eintritts der Bedingung dasselbe Verhältniß ein, wie wenn eine fideikommissarische Substitution stattgefunden hätte.[12] Im Einzelnen ist hervorzuheben:

a) Der gesetzliche Erbe hat bis zum Eintritt der Bedingung der testamentarischen Berufung alle Rechte eines Erben. Es versteht sich jedoch von selbst, daß der Nachlaßrichter in der Erbbescheinigung die bedingte testamentarische Einsetzung hervorzuheben hat.[13] Der gesetzliche Erbe gewinnt die Nutzungen und Früchte der Erbschaft so lange, bis ihm die Erfüllung der Bedingung glaubhaft mitgetheilt wird. Auch seine Eintragung als Eigenthümer der Erbschaftsgrundstücke hat auf seinen Antrag zu geschehen.[14]

b) Sind von eingesetzten Miterben Einzelne unter aufschiebender Bedingung, Andere unbedingt berufen, so erhalten die unbedingt Eingesetzten bis zur Erfüllung der Bedingung, unter welcher die Miterben eingesetzt sind, deren Antheile, sofern diese ihnen im Falle des Ausfallens der Bedingung anwachsen würden.

c) Die letztwillige Verfügung kann die gesetzlichen Erben vom Rechte, und von der Nutzung der Erbschaft während des Schwebens der Bedingung ausschließen. Es geschieht dies namentlich dadurch, daß dem bedingt Eingesetzten für den Fall des Ausfallens der Bedingung, oder auch unter der entgegengesetzten Bedingung ein Dritter substituirt wird.

---

9) In der gemeinrechtlichen Praxis pflegt man übrigens einen Pfleger zu ernennen und die Einweisung nicht zu gewähren, nach Leist a. a. O. S. 293.

10) L. R. I, 12 § 478. Hat der Erblasser ein Anderes vorgeschrieben, so wird eine Nachlaßpflegschaft eingeleitet, sofern der Erblasser nicht durch Testamentsvollstreckung Vorsorge traf, vgl. oben § 123 bei Anm. 7.

11) L. R. I, 12 § 479. V. O. § 89.

12) L. R. I, 12 § 480.

13) Vgl. Gesetz vom 12. März 1869 betr. die Ausstellung der Erbbescheinigungen § 5 Abs. 2.

14) Vgl. unten § 158 Anm. 7.

d) So lange die aufschiebende Bedingung bezüglich eines Vermächtnisses schwebt, bleibt das bedingt Vermachte dem Belasteten, welcher die Nutzungen gewinnt. Das Verhältniß zum Legatar soll entsprechend dem eines fideikommissarischen Substituten geordnet werden.[15] Dies Alles unvorgreiflich abweichender Verfügung des Erblassers.

4. Ein wichtiger Gegensatz der Behandlung suspensiv bedingter letztwilliger Zuwendungen im römischen und gemeinen vom preußischen Rechte ist folgender. Das römische Recht forderte, daß der Bedachte, mochte es sich um eine Erbschaft oder um ein Vermächtniß handeln, den Eintritt der aufschiebenden Bedingung erlebte; verstarb er also vor deren Eintritt, so ging auf seine Erben nichts über.[16] Das preußische Recht hat dies nicht aufgenommen, behandelt vielmehr in dieser Hinsicht die aufschiebend bedingten letztwilligen Zuwendungen wie solche unter Lebenden. Sofern also die Zuwendung an sich vererblich ist, geht sie auf die Erben des bedingungsweise Bedachten über, vorausgesetzt daß derselbe den Testator überlebt hat.[17] Dies findet namentlich Anwendung bei bedingten fideikommissarischen Substitutionen, z. B. bei einer Zuwendung für den Fall, daß der Fiduciar ohne Kinder verstirbt.

Dagegen überträgt der Pupillarsubstitut auch nach preußischem Recht sein Anrecht auf die Erbschaft des Unmündigen, dem er substituirt ist, auf seine Erben nur, wenn er den Unmündigen überlebt hat, es genügt hier nicht, daß er den Vater, welcher ihn ernannte, überlebte,[18] da er nicht Erbe des Vaters, sondern Erbe des Unmündigen sein soll.

§ 125. Erfüllung letztwilliger Bedingungen.[1]

Für die Beantwortung der Frage, ob eine Bedingung erfüllt oder ausgefallen sei, ist natürlich in erster Linie maßgebend, was der Erblasser mit ihrer Setzung gewollt und beabsichtigt hat.[2] Da sich aber häufig die künftigen Ereignisse in anderer Weise gestalten, als dies der Erblasser bei Verfertigung

15) L. R. I, 12 § 482.

16) l. 59 § 6 D. de hered. inst. 28, 5, l. 59 D. de cond. et dem. 35, l. 69 D. eod., l. 65 § 1. D. de leg. I.

17) A. R. I, 12 § 485, Archiv für Rechtsfälle Bd. 4 S. 35, Entsch. des O.-Trib. Bd. 4 S. 126, Striethorst Archiv Bd. 11 S. 268, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 723; vgl. Strohal Transmission pendente condicione eine Untersuchung aus dem österreichischen Erbrecht.

18) L. R. II, 2 § 543. — Vgl. unten § 161 Ziff. 2.

1) L. R. I, 12 § 491 ff., Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 128 ff., vgl. Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 229, Vangerow Bd. 2 § 435 Anm. 1 über die Erfüllungszeit der Bedingungen.

2) Nicht Alles, was die Gestalt einer Bedingung hat, ist eine solche. Der Erblasser z. B., der vor Beginn eines Krieges, an dem er Theil nimmt, ein Testament

des Testamentes erwartete und voraussetzte, so ist nicht selten zu untersuchen, wie sich die Absicht des Testators zu diesen neuen Thatsachen gestellt haben würde. Gesetzliche Regeln, wie sie das Landrecht giebt, haben nur die Bedeutung von Vermuthungen, welche durch die Umstände des besonderen Falles beseitigt werden können.

a) Die bedingte Zuwendung wird in der Regel auch nicht zu einem Theil erfüllt, wenn der Bedachte die Bedingung, an welche sie geknüpft ist, zum Theil erfüllt hat, oder wenn er nur einer von mehreren kopulativ verbundenen Bedingungen Genüge geleistet hat.[3] Ist jedoch der zugedachte Vortheil vor seinem Anfall, oder bei einer auflösenden Bedingung auch nachher, durch Zufall vermindert, so tritt eine verhältnißmäßige Minderung der in Form einer Bedingung auf jenen Vortheil gelegten Lasten ein, sofern sie einen Geldwerth haben; vorausgesetzt, daß im Sinne des Testators die als Bedingung gesetzte Leistung im Verhältniß zu der Höhe der Zuwendung stand.[4]

b) Ist Mehreren zusammen eine Leistung als Bedingung aufgelegt, welche von Einem derselben nach der aus der Verordnung erhellenden Absicht des Testators vollständig erfüllt werden kann, so kommt die von einem Einzelnen geschehene Erfüllung im Zweifel nach der wohlwollenden Bestimmung des Landrechts allen zu Gute,[5] z. B. der Erblasser vermacht Mehreren etwas unter der Bedingung, daß sie ihm ein Grabdenkmal vorgeschriebener Art errichten.[6]

---

mit den Worten macht: „wenn ich aus dem Kriege nicht zurückkehen sollte, verordne ich", und nach seiner Rückkehr stirbt, ohne das Testament zurückgenommen zu haben, wird aus demselben beerbt werden, da er eine Bedingung nicht setzen wollte.

3) L. R. I, 12 § 492. l. 23 De cond. et demonstr. 35, 1: qui duobus heredibus decem dare jussus est et fundum sibi habere, verius est, ut condicionem scindere non possit, ne etiam legatum scindatur. Igitur quamvis alteri quinque dederit, nullam partem fundi vindicabit. Ausnahmen finden sich jedoch in l. 112 § 1 D. eod. 35, 1. Insbesondere ist l. 10 pr. D. de annuis legatis 33, 1 wohl gerechtfertigt.

4) A. R. I, 12 § 493 ff. l. 44 § 9 D. de cond. et dem. 35, 1. Hierher gehört der Fall, wenn der bedingt Honorirte nicht alles Zugewendete erwerben kann, l. 43 § 2 D. h. t. 35, 1. l. 20 D. de m. c. don. 39, 6.

5) L. R. I, 12 § 498. Die Auslegung wäre möglich, daß, wenn nicht Alle thätig waren, die Zuwendung sich für Keinen verwirklichte, auch nicht für den, welcher die zur Bedingung gesetzte Leistung vollzog; vgl. 112 § 2 D. de cond. et demonstr. 35, 1. Eine andere Auslegung wäre, daß der Vortheil nur dem zukäme, welcher die geforderte Leistung unternahm, nicht aber denjenigen, welche sie unterließen. So Ulpian in der l. 13 pr. D. de manum. test. 40, 4, vgl. l. 6 C. de cond. inst. 6, 46. Endlich ist die Auffassung denkbar, daß die Leistung des Einen Allen zu Gute kommt. Dies ist die Behandlung, welche das Landrecht in der Regel eintreten läßt. Sie ist entsprechend, wenn es sich nicht um Leistungen handelt, die nach dem deutlichen Willen des Testators persönlich von sämmtlichen Bedachten zu vollziehen waren. Man hat eben in der Regel anzunehmen, daß der Erfolg dem Erblasser das Wesentliche war und daß es ihn, um ihn sicherer herbeizuführen, zur Bedingung der Zuwendung für Alle machte. Denkbar ist, daß der Testator die Erfüllung der Bedingung jedem Bedachten auflegen wollte, l. 56 D. de cond. 35, 1; unterstellt wird dies nicht.

Sollten nach der Absicht des Testators Alle mitthätig sein, indem er z. B. den Chorschülern, welche bei seinem Leichenbegängniß mitwirken, eine Summe vermacht, so erhalten nur diejenigen die Zuwendung, welche thätig waren, und zwar ganz, wenn ihnen der Betrag insgesammt, ihren Theil, wenn den Mitwirkenden bloß ein Theil zugedacht war.[7]

Kann der Bedingung nur durch die Thätigkeit Aller genügt werden, so fällt sie natürlich aus, trotzdem Einige das ihnen Mögliche vollbrachten.[8]

c) In der Regel macht es keinen Unterschied, ob die bedingende Thatsache sich vor dem Tode des Erblassers oder erst nachher vollzieht,[9] so bei der Bedingung: wenn A. die B. heirathet.[10] Besteht aber die Bedingung in einer Handlung des bedingt Bedachten, welche beliebig wiederholt werden kann, z. B. wenn er dem B. 100 giebt, so ist erfordert, daß die Ausführung nach der Publikation des letzten Willens fällt,[11] da der Testator eine im Hinblick auf seinen letzten Willen und durch ihr veranlaßte Handlung meinte. Es genügt daher nicht, wenn früher dergleichen bereits zufälligerweise geschah.

Eine andere Frage ist, ob eine vor der Testamentserrichtung vollzogene Thatsache als Erfüllung angesehen werden kann, während der Testator die Bedingung auf die Zukunft stellte. Kannte der Erblasser den Vollzug der bezüglichen Thatsache, z. B. daß A. sich verheirathet hat, nicht, so wird man annehmen dürfen, daß die Bedingung erfüllt ist. Kannte er aber den Voll-

---

6) Wer erfüllt hat, kann Ersatz seiner Auslagen von denjenigen verlangen, welchen die Erfüllung zu Gute kommt, wenn sie sich den hieraus entstehenden Vortheil aneignen L. R. I, 13 § 241.

7) L. R. I, 12 § 499 ff. Vgl. die Aeußerungen von Suarez bei Bornemann Bd. 6 S. 117.

8) Es wäre z. B. Rechnungslegung über ein von Mehreren gemeinsam geführtes Erwerbsgeschäft zur Bedingung gemacht, welche der Eine legt, der Andere nicht, so daß das Verhältniß durch die gelegte Rechnung nicht erschöpfend klar gestellt wird, l. 13 § 2 D. de statu liberis 40, 7.

9) Vgl. übrigens l. 91 D. de cond. et dem. 35, 1: condicionum, quae in futurum conferuntur, triplex natura est, ut quaedam ad id tempus, quo testator vivat, quaedam ad id, quod post mortem ejus futurum sit, quaedam ad alterutrum pertineant: tempus autem vel certum vel indefinitum comprehenditur.

10) L. R. I, 12 § 501 ff. So auch das römische Recht l. 2, l. 10 § 1, l. 11 § 1 D. de cond. et dem. 35, 1.

11) L. R. I, 12 §§ 502. 503. Es entspricht dies der Auffassung älterer gemeinrechtlicher Schriftsteller, welche auf l. 2, l. 11 § 1 D. de cond. et dem. 35, gestützt war. Mühlenbruch a. a. O. S. 230 und Vangerow a. a. O. S. 118 wollen, daß in jedem konkreten Fall untersucht werde, ob der Testator sein Augenmerk auf den Erfolg richtete oder umgekehrt vorzugsweise die Vornahme der Willenshandlung im Auge hatte. Im letzteren Falle müsse die Handlung nach dem Tode des Testators und zwar mit der Absicht vorgenommen werden, die Bedingung zu erfüllen, im ersteren aber verhalte es sich, wie bei zufälligen Bedingungen. Dies ist selbstverständlich, es bleibt aber die Frage, was einzutreten habe, wenn die Absicht im konkreten Fall nicht zu ermitteln ist, und hierfür ist die bezügliche Vermuthung maßgebend. Ist aus der Wiederholung kein Nutzen zu erwarten, so ist die Bedingung als erfüllt zu behandeln, L. R. I, 12 § 503.

zug, so wird, falls nicht ein ungenauer Ausdruck vorliegt, die Wiederholung eines gleichartigen Ereignisses für den bedingenden Umstand zu erachten sein, z. B. dem A., der bereits ein Söhnchen hat, wird vermacht, wenn ihm ein Sohn geboren werden sollte.[12]

d) Die von dem Erblasser für die Erfüllung der Bedingung gesteckte Zeit ist in der Regel für die Frage der Erfüllung der Bedingung wesentlich.[13] [14]

Fehlt es an einer Zeitbestimmung, und ergiebt sie sich auch nicht aus der Natur der Sache, so kann die Schwebe in das Unbestimmte hinein dauern. Dies ist ohne erheblichen Nachtheil, weil bei bedingten testamentarischen Erbschaften in der Zwischenzeit die Intestaterben, bei Vermächtnissen die Belasteten im Besitz und Genuß bleiben.

Hängt jedoch der Eintritt der Bedingung von dem bedingt Berechtigten ab und hat der Erblasser keine Frist bestimmt, so können Diejenigen, welchen daran gelegen ist, daß sich die Bedingung entscheidet, richterliche Bestimmung einer Frist fordern;[15] sonst ist der bedingt Berechtigte jeder Zeit zur Erfüllung der Bedingung berechtigt, doch läuft ihm die Verjährung bereits von der Zeit an, in welcher er die Bedingung erfüllen kann, weil die Nativität seines Rechtes in seiner Gewalt ist.

e) Daß nach preußischem Rechte die römische Regel keine Anwendung findet, wonach die Bedingung dann als erfüllt gilt, wenn der Dritte, zu dessen Vortheil sie zugefügt ist, die ihm angebotene Leistung zuückweist, wurde früher ausgeführt.[16] Dagegen hat das Landrecht bestimmt, daß eine durch den bedingt Berechtigten zu erfüllende Bedingung, welche bei der Testamentserrichtung möglich war, während Lebzeiten des Testators aber unmöglich wurde, als erlassen gilt, wenn dies dem Testator bekannt wurde, und er seine Verordnung

---

12) l. 9, l. 11 pr., l. 68 D. de cond. et dem 35, 1. Weiß der Testator, daß die Bedingung bereits eingetreten ist, und ist eine Wiederholung unmöglich, so handelt es sich um eine unmögliche Bedingung, die nach gemeinem Recht für nicht geschrieben angesehen wird, während sie nach preußischem die Honorirung ungültig macht. Man wird sich indessen auch nach preußischem Recht in solchem Falle fragen, ob wirklich eine Bedingung vorliegt und ob sich der Testator nicht im Ausdruck vergriffen hat und nur ein Motiv seiner Verfügung hervorhob.

13) Dennoch wird je nach Umständen und nach der muthmaßlichen Absicht des Erblassers unverschuldete Verzögerung nicht selten nachzusehen sein, l. 40 pr. D. de cond. 35. 1, l. 4 § 5 D. de statu liberis 40, 7.

14) War ein Zeitraum für die Verwirklichung der Bedingung festgesetzt, und wurde die Bedingung vor Ablauf desselben erfüllt, so ist das Zugewendete sofort erworben, wenn nicht die Absicht zugleich auf eine Betagung der Zuwendung ging, l. 41 § 1 D. de manum. test. 40, 4. Die Betagung wird bei negativen Bedingungen leichter zu unterstellen sein, als bei affirmativen, es ist dies aber nichts Nothwendiges. A. Ansicht Vangerow Bd. 2 S. 118.

15) L. R. I, 12 § 495 ff.

16) L. R. I, 12 § 507. Siehe oben Bd. 1 § 89 Anm. 3.

nicht änderte.[17] Es ist hierbei vorzugsweise an den Fall gedacht, in welchem einem Dritten eine Leistung geschehen sollte, dieser aber vor dem Testator wegstarb.[18]

2. Das römische Recht hatte für den Fall, daß Jemand unter einer aufschiebenden negativen Potestativbedingung bedacht war, und zwar namentlich für Bedingungen, bei welchen der Bedachte solange er lebte noch entgegenhandeln konnte, die s. g. cautio Muciana aufgestellt. Hiernach sollte in derartigen Fällen, z. B. bei der Bedingung des Nichtwiederheirathens des Bedachten die Bedingung als erfüllt angesehen werden, wenn der Bedachte das Nichtthun versprach und mit Bürgen Sicherheit dafür leistete, daß er das Empfangene sammt Früchten herausgeben wolle, falls er seinem Versprechen zuwiderhandeln sollte.[19] Das preußische Recht kennt derartige Bestimmungen nicht. In der That hat die cautio Muciana nur um deswillen im römischen Recht eine Rechtfertigung, weil dem Erblasser nicht verstattet war, Jemanden unter einer auflösenden Bedingung einzusetzen. Hierdurch wurde er zur Anordnung einer suspensiven Bedingung gedrängt, die man in der angegebenen Weise einer resolutiven ähnlich behandelte.[20] Da das preußische Recht auflösende Bedingungen sowohl für Erbeinsetzungen als für Vermächtnisse anerkennt, so bedarf es hier besonderer Vorkehrungen nicht mehr. Man kann annehmen, daß dann, wenn der Erblasser etwas unter einer negativen Potestativbedingung zutheilt, z. B. unter der Bedingung des Nichtwiederhei-

17) L. R. I, 12 § 505. Es muß eine Handlung des Bedachten als Bedingung gesetzt sein, § 505 ist nicht anwendbar, wenn die Handlung eines Dritten zur Bedingung gemacht war. Entsch. d. O. Trib. Bd. 47 S. 118.

18) So Voet ad Pand. 28, 7 n. 21, ersichtlich die Quelle der bezüglichen landrechtlichen Vorschriften.

19) l. 7 pr. D. de cond. et dem. 35, 1, l. 18 D. eod. Vangerow Bd. 2 § 435 Anm. 3. Kautionsberechtigt war bei Vermächtnissen solcher Art der Onerirte, also meistens der Erbe, bei Erbeseinsetzungen wenigstens bis Justinian nur der Miterbe und der Substitut.

20) Die Erklärung, welche man meist für die Einführung der cautio Muciana giebt, geht nicht auf den Grund der Sache. So führt Vangerow § 435 Anm. 3 unter 1 aus: Negative Bedingungen seien bekanntlich erst erfüllt, wenn es gewiß geworden sei, daß ein factum contrarium nicht mehr vorkommen könne; wenn demnach Jemandem unter einer negativen Potestativbedingung, also unter der Bedingung etwas nicht zu thun, hinterlassen sei, könne der Honrirte nach der Regel das Hinterlassene erst erhalten, wenn ihm das Thun unmöglich geworden sei. Dies widerstreite aber sehr oft dem wahren Willen des Erblassers, indem in Folge dieser Regel häufig die Erfüllung der Bedingung und folglich der Erwerb und Genuß des Legates in weite Ferne hinausgerückt werden müßte, obschon vielleicht ein solcher Aufschub gar nicht in der Absicht des Testators lag. Da nun aber der Wille des Erblassers die erste Stelle bei Bedingungen haben müsse, so habe man nach einem Ausweg gesucht und ihn in sehr entsprechender Weise in der cautio Muciana gefunden. Billig fragt man bei derartigen Ausführungen, wie die Römer dazu gekommen sind, häufig Verfügungen zu treffen, die ihrem Willen nicht entsprachen, und warum Mucius Scaevola sich entschloß, solchen Verfügungen Vorschub zu leisten.

rathens, im Zweifel eine auflösende Bedingung beabsichtigt ist. Wäre aber zweifelsohne eine aufschiebende Bedingung gewollt, so wäre eben die Folge, daß der Bedachte dem Willen des Testators gemäß bei seinen Lebzeiten nicht in den Genuß der Zuwendung käme.[21]

3. Zweifelhaft ist, ob die Bedingung einer letztwillige Zuwendung auch dann als erfüllt gilt, wenn der Erblasser die Bedingung durch eine Erklärung, welche die Formen einer letztwilligen Verfügung nicht an sich trägt, erläßt oder widerruft. Man könnte diese Erklärung als einen neuen Testirakt betrachten, welcher der Form ermangelt, und demnach nichtig sei. Es ist aber auch eine mildere Ansicht denkbar, nach welcher die Bedingung ihrer ursprünglichen Bedeutung nach erledigt ist, wenn der Erblasser erklärt, auf dieselbe einen Werth nicht weiter zu legen, so daß man hierin eine neue Verfügung über den Nachlaß nicht erblickt.[22]

§ 126. Unmögliche und unsittliche letztwillige Bedingungen.

I. Bekanntlich bestand in den ersten Jahrhunderten der römischen Kaiserzeit unter den beiden Juristenschulen eine Kontroverse über die Behandlung der an unmögliche oder unerlaubte Bedingungen geknüpften letztwilligen Zuwendungen. Die Sabinianer sahen derartige Bedingungen als nicht zugefügt an und hielten hiernach die Zuwendung aufrecht, die Prokulianer hingegen erklärten auch letztwillige Zuwendungen als kraftlos, wenn sie an die Bedingung geknüpft waren, daß der Bedachte Unsittliches thue oder daß Unmögliches eintrete.[1] Im justinianischen Rechte kam die Meinung der Sabinianer zur Geltung,[2] die hiernach in das gemeine Recht überging.

Ob dieselbe aber guten innern Grund habe, darüber gingen die Ansichten auseinander. Gegen den Satz berief man sich darauf, daß eine einheitliche Willenserklärung nicht ohne Willkür theilweise ignorirt und theilweise erhalten

---

21) Wenn die Römer häufig zur Bedingung von Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen setzten: si juraverit daturum se aliquid vel facturum, so hing dies zum Theil wohl mit der Absicht zusammen, daß sich die Bedingung baldmöglichst erfülle, so daß die Zuwendung auf die Erben des Bedachten übergehe. Der Prätor erließ die Bedingung aber ganz, wonach insbesondere die Transmission auf die Erben des Legatars sofort mit dem Tode des Erblassers eintrat, l. 8 § 8 D. de cond. inst. 28, 7. Es wurden dagegen dem Bedachten die Klagen denegirt, so lange er den Inhalt des ihm aufgelegten Eides nicht ausgeführt hatte. Auch diese Bestimmungen sind dem preußischen Rechte fremd, es kommen im deutschen Leben derart stylisirte Vermächtnisse nicht vor.

22) Hierfür spricht die Fassung von L. R. I, 12 § 505.

1) Gaj. Inst. III § 98. Die Ansicht der Sabinianer war übrigens die ältere, sie wurde bereits von Servius Sulpicius zu Ende der römischen Republik angenommen, l. 45 D. de her. inst. 28, 5, vgl. l. 6 § 1 D. de cond. et dem. 35, 1.

2) § 10 J. de hered. inst. 2, 14.

werde, und daß eine der Zuwendung zugefügte Bedingung einen integrirenden, keinen trennbaren Theil der Willenserklärung bilde. Der Logik dieser Schlußfolgerung gegenüber fühlte sich bereits der römische Jurist Gajus, obwohl sonst treuer Sabinianer, wehrlos.[3] Der Grund aber, den man für den gemeinrechtlichen Satz neuerdings meist beizubringen pflegt, daß man bei den auf Wohlwollen des Verfügenden gegründeten letztwilligen Verfügungen eher annehmen müsse, daß dieser etwas Ueberflüssiges hinzufügte, als daß er durch eine solche Zufügung die Anordnung selbst wieder vernichten wollte,[4] hat sicher nichts Ueberzeugendes. Mehr Gewicht hat die von Aelteren vertheidigte Auffassung, da dem Testator bei der ernsten Beschäftigung der Testamentserrichtung thörichte Scherze nicht leicht zuzutrauen seien, müsse man annehmen, daß er die unmögliche Bedingung der Zuwendung nur hinzufügte, weil er sie aus Irrthum für ausführbar hielt. Dies vorausgesetzt läßt sich weiter folgern, daß es ihm vermuthlich auf die Zuwendung vorzugsweise angekommen sein wird und daß er dieselbe von der Bedingung nur für den Fall ihrer Ausführbarkeit abhängig machen wollte, mit andern Worten, daß er, wenn ihm die Unausführbarkeit der Bedingung klar gewesen wäre, unbedingt testirt hätte. In der That wird es sich nur sehr selten um absolut unmögliche oder zweifellos unsittliche Bedingungen handeln, deren Zufügung die gesunde Vernunft des Erblassers in Zweifel stellen würde; praktisch wird die Frage nur aufgeworfen werden bei Bedingungen, welche der Erblasser für möglich oder für nicht schlechthin verboten ansah.

Von solchen Erwägungen aus stellte das Projekt des corpus juris Fridericiani im Wesentlichen den unmöglichen Bedingungen und solchen, die vom Bedachten die Ausführung einer mit öffentlicher Strafe bedrohten Handlung verlangten, einerseits, auf der anderen Seite die Bedingungen gegenüber, welche sonst gegen die guten Sitten liefen, z. B. die Anforderung einer Reli-

---

3) Gaj. Inst. III § 98, vix idonea diversitatis ratio reddi potest. Gans Beiträge zur Revision S. 153 sucht die Gegenansicht auf principiellem Boden zu bekämpfen. Habe ich meinen Einsetzungswillen unter einer unmöglichen Bedingung kund gegeben, so sind, meint er, anders wie bei Verträgen, dieser Wille und die Bedingung noch getrennt. Wille und Bedingung sind hier nicht als so durchdrungen zu erachten, daß mit der Unmöglichkeit der letzteren auch der erstere zu bestehen aufhöre. Es komme also auf das Principale an, es müsse die Frage entstehen, ob der Wille oder die Bedingung das Stärkere sei. Die unmögliche Bedingung für das Stärkere zu erklären, hieße geradezu das Unmögliche für das Geltende erklären, indem man ihm die Kraft beilege, das sonst gültig Eintretende zu verhindern. — Das Unrichtige dieser Ausführung ist von selbst klar. Die bedingte letztwillige Zuwendung ist eine einheitliche, sie beruht auf einem einheitlichen Willensentschluß, wie dies auch bei bedingten Verträgen der Fall ist.

4) So Vangerow Bd. 2 § 434 Anm. 1 unter I sub 2 S. 107. Aehnlich Savigny System Bd. 3 S. 198 ff. Vgl. dagegen Hofmann Krit. Studien S. 14, Dernburg Pand. Bd. 3 § 84 Anm. 5.

gionsveränderung. Erstere vernichteten die Zuwendung, Bedingungen der letzteren Art sollten als nicht hinzugefügt gelten.[5]

II. Das Landrecht unterscheidet zwischen unmöglichen Bedingungen, die wie bei Verträgen die Geltung der letztwilligen Verfügung aufheben, und unsittlichen, die unterschiedslos als nicht zugefügt gelten.[6] [7]

Unsittlich ist die einer letztwilligen Zuwendung zugefügte Bedingung einmal, wenn sie eine nach den Gesetzen verbotene Handlung vorschreibt, sodann auch wenn sie eine Handlung verlangt, welche zwar an sich nicht verboten ist, aber nicht durch Vermögensvortheile erkauft, vielmehr Ausfluß der eigenen, von solchen Motiven unbeeinflußten Willensbestimmung sein soll.

Die Erhaltung der letztwilligen Zuwendung unter Nichtbeachtung der ihr zugefügten unsittlichen Bedingung beruht, wie ausgeführt, auf der Unterstellung eines eventuell hiermit übereinstimmenden Willens des Erblassers. Diese Behandlungsweise kann daher nicht eintreten, wenn der Erblasser einen entgegengesetzten Willen unzweideutig kund gethan, also ausdrücklich erklärt hat, daß die Zuwendung kraftlos sein solle, wenn der Bedachte die ihm auferlegte Bedingung nicht erfüllen könne, weil dieselbe für unsittlich erachtet werde.

Ihrem ganzen Umfang nach ungültig sind Verfügungen, durch welche der Erblasser seinem Erben oder Legatar für den Fall, daß derselbe eine ihm zugemuthete Unsittlichkeit nicht begehen sollte, eine Zuwendung an einen Dritten als Strafe auflegt.[8]

III. Besonderer Behandlung unterlagen nach römischem Recht die s. g. kaptatorischen Verfügungen, d. h. letztwillige Zuwendungen, welche unter der Bedingung getroffen waren, daß der Bedachte den Testirer oder auch eine andere von ihm bezeichnete Person bedenken werde. Sie waren in Folge eines positiven Verbotes ungültig,[9] die kaptirte Verfügung dagegen war nicht ungültig. Das preußische Recht hat die kaptatorischen Verfügungen

---

5) Näheres siehe Projekt des corp. jur. Fridericiani p. II lib. 7 tit. 13 § 5.

6) A. L. R. I, 12 §§ 63. 504 oben Bd. 1 § 91. Wurde eine Bedingung zugefügt, welche zur Zeit der Testamentserrichtung unmöglich war, die aber später in Folge einer Aenderung der Gesetzgebung oder von Fortschritten der Naturwissenschaft möglich wird, und erfüllt wird, so ist die letztwillige Bedenkung perfekt, es sei denn, daß nachgewiesen werden kann, der Erblasser habe nichts Ernstes im Sinne gehabt.

7) Als nicht zugefügt gelten unsittliche Resolutivbedingungen, z. B. der Erblasser sagt: A. soll mein Erbe sein, doch soll er die Erbschaft wieder verlieren, wenn er sich von seiner Frau nicht innerhalb eines Jahres scheiden läßt, vgl. L. R. I, 12 § 63.

8) § 36 J. de leg. 2, 20 a. E.

9) l. 70, l. 71 D. de her. inst. 28, 5.

nicht für ungültig erklärt. Man wird sie auch nicht schlechthin für unsittlich erachten, am wenigsten aber die Bedingung streichen dürfen.

IV. Bedingungen, die unverständlich sind, gelten gleich unmöglichen.[10]

§ 127. Willensmängel bei letztwilligen Verfügungen.

I. Nur der wirkliche und freie Wille, nicht ein bloßer Scheinwille soll zur Geltung gebracht werden. Dies gilt nirgends mehr als bei letztwilligen Verfügungen. Aber freilich ist die nicht ausgedrückte wahre Willensmeinung des Erblassers nach seinem Tode ein schwer zu enträthselndes Geheimniß. Es ist daher geboten, so lange nicht ganz überwiegende Gründe für das Gegentheil sprechen, an seinen letztwilligen Verfügungen, wie sie formgerecht vorliegen, festzuhalten.

1. Unzweifelhaft kann in Betracht kommen der Irrthum, in Folge dessen etwas Anderes erklärt als gewollt ist. Hiervon war schon oben bei der Willenserklärung die Rede. Der Erblasser z. B. verschrieb sich und setzte bei der Vermächtnißanordnung eine Null mehr als er eigentlich wollte, oder er verwechselte die Gegenstände, die er vermachen, oder er vergriff sich in der Person, die er bedenken wollte. Dabei wurde hervorgehoben, daß der wahre Wille des Testators, soweit er nur ungenau erklärt wurde, Geltung hat, und daß die Verfügung nur dann wirkungslos ist, wenn der wahre Wille des Erblassers nicht aus ihr entnommen werden kann.[1]

Auch ein Irrthum in den Bestimmungsgründen des Erblassers kann zu beachten sein. Das römische Recht gab dem Belasteten eine Einrede und ein Anfechtungsrecht, wenn ein Vermächtniß nachweisbar einem derartigen Irrthum des Erblassers entstammte, daß anzunehmen war, daß er es ohne solchen Irrthum nicht angeordnet hätte.[2] Vor einer besonderen Schwierigkeit stand dieses Recht, wenn der einzige Testamentserbe in Folge eines derartigen

---

10) L. R. I, 12 § 64. Nach l. 2 D. de his, quae pro non scriptis 34, 8 galt das Unverständliche als nicht geschrieben. Dies ist auch nach Landrecht der Fall, wenn das Unverständliche nicht geradezu zur Bedingung gemacht ist. Perplexe Bedingungen machen auch gemeinrechtlich die Verfügung, der sie zugefügt sind, nichtig, l. 16 D. de cond. inst 28, 7. Ueber unnütze Bedingungen vgl. oben Bd. 1 § 91 Anm. 8.

1) Vgl. oben § 120, ferner § 121 Ziff. 1 a. E.

2) l. 72 § 6 D. de cond. et dem. 35, 1: plerumque doli exceptio locum habet, si probetur alias legaturus non fuisse. Der Irrthum im Beweggrunde wird häufig die Eigenschaften der Person des Honorirten betreffen, z. B. der Erblasser vermacht seinem Diener etwas, weil er ihm viele Jahre treu gedient hatte, nach seinem Tode aber treten erhebliche Unterschlagungen des Dieners zu Tage; sie können ferner im Gegenstande der Zuwendung liegen, z. B. der Erblasser vermacht eine Sache, die er als von geringem Werth erachtet, während sie in der That einen außerordentlich hohen hat. Bezüglich der Uebergehung der Descendenten aus Irrthum, vgl. unten § 208.

Irrthums ernannt war;[3] denn da die Erben aus einem etwaigen früheren Testament, ebenso wie die Intestaterben durch die Existenz eines an sich gültigen und höchstens anfechtbaren Testaments ausgeschlossen waren, so fehlte es an einer Person, welche zur Anfechtung legitimirt war. Hier trat denn der Fiskus ein, welcher als legitimirt angesehen wurde, jenem Testamentserben die Erbschaft, wie einem Unwürdigen zu entreißen, weil er den wahren Willen des Testators nicht für sich hatte, so daß der Fiskus aber sein Recht an denjenigen überließ, auf welchen erkennbar und zweifelsohne der eigentliche Wille des Testators gegangen war.

Nach preußischem Recht unterliegt anerkannterweise die Erbeseinsetzung, wie das Vermächtniß der Anfechtung, wenn der ausdrücklich angeführte Beweggrund der Zuwendung irrig war, vorausgesetzt, daß er nachweisbar den einzig bestimmenden Grund der Anordnung bildete.[4] Zunächst freilich wird der in Folge irrthümlichen Motivs zur Erbschaft Berufene Erbe, seine Verfügungen sind durchweg als die eines Erben rechtsbeständig. Er ist nur zur Herausgabe der Erbschaft an den Anfechtenden gehalten. Zur Anfechtung befugt sind testamentarische Miterben, Substituten, aber auch in einem früheren Testamente Ernannte, wenn dasselbe in gerichtlicher Verwahrung blieb, endlich die gesetzlichen Erben.

Die römischen Juristen stellten den Satz auf: falsa causa non nocet,[5] welcher in das preußische Recht überging. Der Umstand, daß eine im Testa-

---

3) Die Meinungen der Romanisten sind sehr getheilt. Savigny System Bd. 3 S. 377 ff. will bei Erbeseinsetzungen den Irrthum in Beweggründen nur berücksichtigen, wenn die Erbeseinsetzung durch die irrige Annahme, daß ein Intestaterbe oder ein früher eingesetzter Erbe verstorben sei, bewirkt wurde, oder wenn sie sich auf die irrige Annahme der Verwandtschaft zwischen dem Erblasser und dem Eingesetzten gründete. Mit Recht hat diese Auffassung, welche sich an die Beispiele hält und das aus ihnen sich ergebende Princip nicht anerkennt, bei Späteren keinen Beifall gefunden. Irrthum im bestimmenden Beweggrunde kommt auch bei Erbeseinsetzungen ohne Unterschied in Betracht. Vangerow Bd. 2 § 431 Anm. 2 unter 3. Zweifelhafter ist die juristische Behandlung. Man erachtet häufig die Erbeseinsetzung wegen des Irrthums im Motiv auch nach römischem Recht als „nichtig", ohne zu beachten, daß selbst bei Legaten solcher Irrthum nur eine exceptio doli erzeugt. Es ist aber im Gegentheil, wo genau geredet wird, von einem auferre die Rede, l. 46 pr. D. jure fisci 49, 14, l. 4 C. de her. inst. 6, 24. Die l. 92 D. de hered. inst. 28, 5 setzt die Gültigkeit des zweiten Testaments voraus und substituirt nur dem in demselben eingesetzten Novius Rufus die Pactumeja Magna an Stelle des Fiskus, da sie offenbar den wahren Willen des Erblassers für sich hat. Deshalb hatte sie die im zweiten Testament angeordneten Legate zu tragen, was im Fall der Nichtigkeit dieses Testamentes keinen Rechtsgrund hätte.

4) L. R. I, 4 § 150 bestimmt dies allgemein für Willenserklärungen, aus denen nur der, zu dessen Gunsten sie geschahen, Vortheil zog. Der Satz ist auch auf letztwillige Verfügungen anzuwenden, vgl. L. R. I, 12 § 577, l. 72 § 6 D. de cond. 35, 1. Es gehört hierher nicht die Erklärung, daß man testire, weil man den baldigen Tod erwarte, während man noch lange lebt. Denn dies war Beweggrund für den Zeitpunkt, nicht für den Inhalt des Testaments. Ueber Betrug vgl. unten Anm. 8.

5) l. 17 § 2 D. de condit. 35, 1: quod juris est in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa veluti ita, Titio fundum do, quia negotia mea curavit.

ment zur Rechtfertigung einer Zuwendung ausdrücklich angeführte Thatsache unrichtig ist, begründet hiernach allein eine Anfechtung nicht. In der That steht es dahin, ob der Erblasser hierbei seine wahren und maßgebenden Bestimmungsgründe angegeben hat oder dieselben vielleicht geradezu verdecken wollte. In diesem Sinne gilt jene Rechtsregel auch heute.

2. Aehnliche Gesichtspunkte bestimmen die Behandlung erzwungener letztwilliger Verfügungen. Das römische Recht trat erzwungenen Vermächtnissen durch Einrede entgegen. Dagegen versagten die gewöhnlichen Rechtsmittel, wenn die Testamentserrichtung selbst durch Zwang herbeigeführt war. Doch auch hier wußte der Prätor zu helfen.[6]

Nach preußischem Recht macht der unrechtmäßige Zwang die erzwungene letztwillige Verfügung relativ nichtig wie jede andere.[7] Die Anfechtung findet statt ohne Unterschied, ob der Zwingende derjenige ist, zu dessen Gunsten die Verfügung errichtet wurde, oder ein Dritter. Es kann hiernach, wer ohne die Verfügung Erbe geworden wäre, sich auf den Standpunkt dieser Nichtigkeit stellen und die Herausgabe der Erbschaft durch Nichtigkeitsklage herbeiführen.

3. Nicht anders steht es mit Betrug, falls er causam dans war und vom Bedachten ausging. Betrug eines Dritten ohne Betheiligung des Bedachten kann nur in Betracht kommen, wenn er einen wesentlichen Irrthum erzeugte.[8]

Bloße Ueberredung, Gefälligkeiten, Zuwendungen an den Erblasser, selbst wenn sie in der Absicht geschehen, eine Erbschaft zu erschleichen, bilden keinen Anfechtungsgrund, so lange nicht betrügerische Vorspiegelungen, wohin namentlich Verleumdungen gehören, nachweisbar sind.[9][10]

Da in allen aufgeführten Fällen die Nichtigkeit nur eine relative ist, so kann sie der Erblasser durch Genehmigung seines Testaments, nachdem die Wirkung des Zwanges, des Betruges oder Irrthums aufgehört hat, beseitigen.

---

item fundum Titius filius meus praecipito, quia frater ejus ipse ex arca tot aureos sumpsit; licet enim frater hujus pecuniam ex arca non sumpsit, utile legatum est. l. 6 § 1 D. de dote praelegata 33, 4, l. 60 D. de manum. test. 40, 4. L. R. I, 4 § 147.

6) Wie, ist nach römischem und gemeinem Recht sehr streitig. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 80.

7) L. R. I, 4 § 31. Siehe oben Bd. 1 § 112.

8) L. R. I, 4 §§ 87—89. Vgl. oben Bd. 1 § 110 Anm. 9. Ausdrückliche Hervorhebung des Beweggrundes im Testament ist dann nicht Bedingung der Anfechtung, wenn sie wegen Betrugs geschieht.

9) Vgl. l. 1 § 2 D. si quis aliquem, 29, 6.

10) Die Frage ist gemeinrechtlich bestritten, Windscheid Bd. 3 § 548 Anm. 5.

II. Das Landrecht bestimmt positiv:[11] der Einwand, daß Jemand zur Errichtung seines Testamentes durch Gewalt und Drohungen gezwungen, oder durch Irrthum, Betrug, in der Trunkenheit oder in heftigen Leidenschaften verleitet worden, findet gegen gerichtlich aufgenommene Testamente nicht statt; kann jedoch ausgemittelt werden, daß der Richter um einen solchen Mangel gewußt hat und das Testament dennoch an- oder aufgenommen habe, so ist die ganze Handlung nichtig. Diese Bestimmung gilt auch für Kodicille, sie findet Anwendung auch auf schriftlich übergebene Testamente.[12] Sie bezieht sich jedoch richtiger Ansicht nach nur auf die Behauptung, daß der Testirakt als solcher durch eine ungehörige Einwirkung hervorgerufen sei, keineswegs aber auf die Einrede, daß eine einzelne Verfügung, die in dem Akt getroffen ist, in Folge Irrthums, Betruges oder eines andern Willensmangels angeordnet wurde.[13]

Der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet wurde, ist in allen Fällen zuläßig.[14]

Viertes Kapitel.

Die Erbeseinsetzung.

§ 128. Erfordernisse der Erbeseinsetzung.

Erbeseinsetzung ist die Berufung eines Rechtsnachfolgers in das Gesammtvermögen des Erblassers, sei es zum Ganzen, sei es zu einem Bruchtheil. Bereits früher wurde hervorgehoben, daß das preußische Recht den Begriff des Erben weiter faßt, als das römische, indem hier auch, wer fideikommissarisch zur Gesammtnachfolge berufen wird, als Erbe gilt.[1]

Für die Frage, ob ein Bedachter als Erbe eingesetzt ist, wird die Wahl der Ausdrücke „erben“ oder „vermachen“ oft von untergeordneter Bedeutung

11) L. R. I, 12 §§ 23. 24.

12) Es ist dies bestritten, weil § 23 nur von „gerichtlich aufgenommenen“ Verordnungen spricht. Daß aber hierauf kein Gewicht gelegt werden sollte, ergiebt der § 24, welcher, ohne zu unterscheiden, von an- oder aufgenommenen Testamenten handelt. Damit stimmt R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 1000, und die Mehrheit der Schriftsteller überein.

13) Die ganz exceptionelle Bestimmung weiter anzuwenden als der in ihr hervorgehobene Fall geht, dafür besteht unseres Erachtens kein Grund. Ob der Testator durch ungehörigen Einfluß zur Errichtung seines letzten Willens bestimmt wird, kann der gewissenhafte Richter in der Regel wohl erkennen, ob aber bei einzelnen Bestimmungen Irrthum oder auch ungerechtfertigter Zwang unterläuft, ist nicht zu ersehen. Die Abschneidung der Anfechtung in dieser Hinsicht kann also nicht beabsichtigt sein. So auch Eccius Bd. 4 § 246 S. 302, R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 945.

14) R. C. P. O. § 380.

1) Vgl. oben S. 305. Das Gleiche gilt nach österreichischem Recht Unger östr. Erbrecht § 8 Anm. 5.

sein.[2] Denn der deutsche Sprachgebrauch verwendet beide Worte für letztwillige Zuwendungen als solche, die Absicht des Testators wird sich daher häufig erst aus dem Inhalt seiner Verfügungen ermitteln lassen.

Die Erbeseinsetzung fordert nothwendig ein Doppeltes:

a) Es ist ihr wesentlich, daß der Erblasser dem Berufenen die Gesammtheit seines Vermögens oder eine Quote desselben zuwendet.[3 4] Es ist also Erbe, wem Alles zufällt, was nicht an Andere vergeben wird, so daß ihm auch die Dritten vermachten Gegenstände für den Fall verbleiben, daß die zu deren Gunsten getroffenen Legate von vornherein ungültig sind oder später zusammenfallen.[5] Wenn der Erblasser mehreren Personen „Legate" aussetzt und bestimmt, daß diesen Legataren, was dann noch von seinem Vermögen übrig bleibt, gehören soll, so werden diese s. g. Legatare in der Regel als Erben gelten müssen.[6]

---

2) L. R. I, 12 §§ 3 und 4. R. G. Bd. 26 S. 330. Ganz anders war dies in Rom. Das Wort heres bildete dort den unzweideutigen, bis zur christlichen Kaiserzeit den nothwendigen Ausdruck für den Willen, sich einen Nachfolger in das Gesammtvermögen zu geben.

3) L. R. I, 12 § 254 ist nicht so zu verstehen — ein Mißverständniß, welchem Koch Erbrecht S. 28 ff. verfallen ist — daß ein auf eine Quote eingesetzter Erbe, wenn die Anwachsung ausgeschlossen ist, nicht Erbe, sondern bloß legatarius partiarius sei. Wenn der Erblasser in seinem Testament nichts verordnet hat als: N. soll mein Erbe auf ein Viertel meines Nachlasses sein, so ist, obgleich die gesetzlichen Erben neben ihm einrücken und sich sein Recht nicht über ein Viertel hinaus erstrecken kann, N. wahrer Erbe. Dies um deswillen, weil er an dem Gesammtvermögen, d. h. an allen zu demselben gehörenden Vermögensgegenständen zu einem Viertel mitberechtigt ist. Vgl. hierüber auch Böhme bei Gruchot Beitr. Bd. 12 S. 51.

4) Erbe ist nicht, sagt O. Trib. Bd. 57 S. 45 wer mit der Bestimmung als solcher eingesetzt ist, daß er vollständig abgefunden sei, sonach nichts erhalten soll. Da ihm aber die Portionen seiner Miterben zufallen, welche vor dem Erblasser versterben oder der Erbschaft entsagen, ist er bedingter Weise Erbe.

5) L. R. I, 12 § 255. Erklärt der Erblasser, er beabsichtige durch Nachzettel über gewisse Vermögensobjekte noch besonders zu verfügen, und finden sich derartige Nachzettel nicht, so gehören jene Objekte zweifelsohne dem Erben als Bestandtheil des Nachlasses. Hat aber der Erblasser Jemanden mit Ausnahme gewisser Gegenstände oder Rechte, z. B. eines Nießbrauchs, zum Erben eingesetzt — excepta certa re — so liegt hierin ein Vermächtniß zu Gunsten der Miterben oder Intestaterben, Unger östr. Erbrecht § 8 Anm. 6 a. E., l. 74 her. inst. 28, 5, l. 86 pr. D. leg. II.

6) Bei Johow App. Ger. Bd. 8 S. 52 findet sich folgende Anordnung erwähnt, die sich an eine Vertheilung des Vermögens im Einzelnen anschloß: Sollte sich mein Vermögen bei meinem Ableben vermehrt oder vermindert haben, so ist jedem Legatar nach Maßgabe des Betrages des Vermachten die Summe zu vermehren oder zu vermindern. In den solchergestalt Bedachten wurden der Sachlage entsprechend Miterben gesehen. Bei Striethorst Archiv Bd. 18 S. 137 ff. kam ein Testament eines in allgemeiner Gütergemeinschaft lebenden Ehemannes in Frage, welcher seine Wittwe als Universalerbin bezeichnete und die mit derselben erzeugten Kinder als Legatare in die ihnen ab intestato gebührende Hälfte des Nachlasses eingesetzt hatte. Mit Recht wurde angenommen, daß die Wittwe, welcher materiell nur ihre gütergemeinschaftliche Hälfte zugewiesen war, überhaupt nicht Erbin sei, daß dagegen die Kinder, welchen nicht einzelne Sachen, sondern Quoten der Erbschaft zugewiesen waren, als die einzigen Erben anzusehen seien. Es ist ferner eine Erbeseinsetzung zu unterstellen, wenn der

b) Es ist ferner erfordert, daß dem Begünstigten das ihm zugedachte Vermögen oder dessen Quote im Wege der Gesammtnachfolge zukommen soll.

Daß dies die Absicht des Testators war, kann bei der Zuwendung seines Gesammtvermögens nicht zweifelhaft sein. Dagegen kann bei Bedenkung mit einer Quote des Vermögens auch gemeint sein, daß der Bedachte nur eine Quote des Betrages der Erbschaft, wie ihn die Liquidirung ergiebt, im Wege des Vermächtnisses erlangen soll. Dann findet sich ein legatum partitionis[7] In solchem Falle liegt dem Begünstigten, da er nur Legatar ist, die Inventarerrichtung nicht ob;[7a] er ist nicht Miteigenthümer der Erbschaftsgrundstücke und kann deren Subhastation nicht als solcher beantragen.

Personen, welchen der Erblasser einzelne Vermögenskomplexe zuwendet, sind Legatare, nicht Erben. Bloßer Legatar ist also unter Anderm, wem der Erblasser eine ihm selbst zugefallene Erbschaft letztwillig zuwendet.[8] Der

---

Erblasser zwei Personen beruft, von denen er der einen sein bewegliches, der anderen sein unbewegliches Vermögen vermacht. Ebenso, wenn der Erblasser erklärt, sein ganzes Vermögen bestehe aus 20000 Mark, davon solle A. 10000 und B. 10000 haben. Man würde in diesem Falle dem Willen des Erblassers zuwiderhandeln, wenn man die gesetzlichen Erben als Gesammtnachfolger dazwischen schieben und jene Personen nur als Legatare betrachten wollte, während doch der Erblasser sein Gesammtvermögen A. und B. zuzuwenden dachte. Hätte sich der Erblasser in der Veranschlagung seines Vermögens geirrt, so würde das etwaige Mehr offenbar seiner Ansicht nach nicht den Intestaterben zukommen. Dies führt Unger öſtr. Erbrecht § 8 Anm. zutreffend aus.

7) Gemeinrechtlich ist bestritten, ob das legatum partitionis, welches im älteren römischen Recht eine große praktische Bedeutung hatte, aber auch noch im justinianischen Recht erwähnt wird, noch Geltung habe, oder ob es in Gemäßheit der l. 2 C. comm. de leg. et fideic. 6, 43 mit dem Universalfideicommiß verschmolzen ist, vgl. u. A. Vangerow Bd. 2 § 556 Anm. Bei dieser Frage spielte die l. 19 § 1 D. ad S. C. Treb. 36, 1 eine Rolle, da hiernach das Fideikommiß, die Erbschaft mit dem Bedachten zu theilen, als Universalfideikommiß aufgefaßt werden sollte. Allein dies sollte doch nur der Fall sein: dum testator senserit, ut hereditas restituatur. Wo der Testator also eine andere Absicht hat und dem Bedachten nur einen Anspruch gegen den Erben auf eine Quote des Reinertrages oder auch, was freilich nicht leicht vorkommen wird, der einzelnen Erbschaftsobjekte geben will, steht dem gemeinrechtlich kein Hinderniß entgegen. Was gemeint, ist Auslegungsfrage, eine Vermuthung für das Eine oder Andere nicht gesetzlich begründet. Dies Alles gilt auch nach preußischem Recht. Böhme bei Gruchot Beitr. Bd. 12 S. 51 ff. in der Abhandlung: Ist der legatarius partiarius des römischen Rechtes nach dem Landrecht Erbe oder Legatar? meint freilich, nach preußischem Recht gebe es kein Partitionslegat, ebenso Eccius Bd. 4 § 252 Anm. 7. Allein hiermit geht er über das Richtige hinaus, wie andererseits die von ihm bekämpfte Ansicht Kochs, daß der Testamentserbe, welcher nur auf eine Quote der Gesammterbschaft ohne Akkrescenzrecht eingesetzt sei, nothwendig Partitionslegatar sei, verfehlt ist.

7a) Kam. Ger. Bd. 4 S. 193.

8) Die meisten gemeinrechtlichen Schriftsteller behaupten freilich, der Erblasser könne nicht bloß die Restitution der eigenen Erbschaft an einen Universalfideikommissar anordnen, sondern auch die einer ihm bereits angefallenen Erbschaft, womit er die bereits vollzogene Konfusion der Vermögen wieder aufheben würde und seinem Erben die auf ihm lastenden Schulden der von ihm erworbenen Erbschaft wieder abnehmen könnte. Es ist klar, daß dies principwidrig wäre. Aus den offenbar nicht zusammen-

Erbe bleibt daher für die Erbschaftsschulden verhaftet, doch wird der Legatar in gleicher Weise wie ein Käufer zu behandeln sein, so daß er nach preußischem Recht gleichfalls und zwar in erster Linie für deren Schulden einsteht.

§ 129. Die Miterben.[1]

I. Der Erblasser kann mehrere Erben zusammen berufen.[2] Bezüglich der Feststellung der Größe des Erbtheils eines Jeden hat das römische Recht Regeln aufgestellt, die zum Theil auch im neueren Recht zur Anwendung kommen müssen, zum Theil aber auf den heutigen Verhältnissen fremden Anschauungen beruhen. Eine Verschiedenheit liegt schon darin, daß die Römer bei der Vertheilung der Erbtheile die Eintheilung des Ganzen — as — in unciae verwertheten, so daß sie durchweg den Nenner Zwölf zu Grunde legten, während man heutzutage einen beliebigen, der besonderen Sachlage sich anpassenden Nenner wählt. Die Rechtssätze, welche das römische Recht an die Uncialrechnung knüpfte, entbehren bereits im gemeinen Recht der innerlichen Berechtigung, im preußischen Recht konnten sie keine Aufnahme finden.

II. Der Erblasser kann den von ihm ernannten Erben möglicherweise keine Theile zutheilen, s. g. heredes sine partibus, er kann ihnen ferner sämmtlich bestimmte Theile zutheilen, s. g. heredes cum partibus; es ist endlich möglich, daß er einzelne seiner Erben ausdrücklich auf bestimmte Erbtheile, andere ohne Zufügung von solchen ernannt hat. Hieraus ergeben sich verschiedene Kombinationen, die sich weiter verwickeln können, wenn Lücken oder Fehler unterlaufen.

1. Hat der Erblasser mehrere Erben ernannt, ohne etwas bezüglich der Erbtheile zu bestimmen, so gilt als Regel, daß die Erben zu gleichen Theilen berufen sind.[3] Gleiche Theilung wird nach dem Vorgang des römischen Rechtes auch dann einzutreten haben, wenn der Erblasser sich die Bestimmung der Erbtheile in Nachzetteln vorbehalten hat und solche Nachzettel nicht ge-

---

passenden l. 17 §§ 5. 6 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1 wird man dergleichen nicht folgern dürfen. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 119 Anm. 5. Wie dem auch sei, nach preußischem Recht liegt nur ein Legat mit den im Text angegebenen Folgen vor. So auch Unger öster. Erbrecht § 73 Anm. 2.

1) Vgl. Ulrich Archiv Bd. 4 S. 149, Koch Erbrecht S. 401 ff., Vangerow Bd. 2 § 449 Anm. 3.

2) L. R. I, 12 § 44, vgl. § 4 J. de hered. instit. 2, 14. Wenn der Erblasser Mehrere alternativ zur Erbschaft beruft, also z. B. A. oder B. soll mein Erbe sein, so sieht hierin Justinian eine kopulative Berufung und giebt Jedem einen verhältnißmäßigen Theil l. 4 C. de verb. signific. 6, 38. Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 372 will den zweitgenannten als substituirt ansehen. Dies hat mehr für sich, doch handelt es sich um eine Auslegungsfrage. Bei Vermächtnissen ist eine Aufrechterhaltung des Wortsinnes zulässig, vgl. unten § 135 Anm. 18.

3) L. R. I, 12 § 261, § 6 J. de hered. inst. 2, 14, l. 9 § 12 D. eod. 28, 5.

funden werden,[4] es sei denn, daß die Theilbestimmung ersichtlich als Bedingung gesetzt war, so daß die Erbeseinsetzung bei deren Fehlen ausfällt.

2. Die Regel der gleichen Theile tritt nur ein, wenn kein anderweiter Wille des Erblassers erhellt.[5] Häufig wird hiernach die Vertheilung nach den Grundsätzen der gesetzlichen Erbfolge zu geschehen haben. Dies unter Anderm dann, wenn der Erblasser ausdrücklich seine „Intestaterben" einsetzt oder wenn er seine nächsten Intestaterben unter einer Gesammtbezeichnung beruft, z. B. seine Erbschaft seinen „Enkeln" zuwendet. Es ist also, wenn von verschiedenen vorverstorbenen Kindern herrührende Enkel solchergestalt berufen werden, im Zweifel der Nachlaß nach Stämmen und nicht nach Köpfen zu vertheilen.[6] Würde aber der Erblasser seine gesetzlichen Erben einzeln bei Namen nennen und so zu Erben einsetzen, so würde gerade dies nahe legen, daß er von ihrer Eigenschaft und Berechtigung als Intestaterben absehen wollte und es würden gleiche Theile zu machen sein. Die Meinung des Erblassers ist dabei stets die oberste Richtschnur, sie wird sich in derartigen Fällen häufig aus der besonderen Veranlassung des Testaments und seiner Gesammthaltung mit Sicherheit ergeben.

3. Die Absicht einer ungleichen Vertheilung der Erbschaft kann auch dadurch ausgesprochen sein, daß der Erblasser mehrere seiner Erben im Gegensatz zu anderen zusammen berufen hat — durch s. g. conjunctio, so daß sie diesen gegenüber für Eins zählen und das ihnen so Zufallende dann unter sich zu theilen haben.[7] Die zusammen Berufenen stehen dann mit

---

4) l. 2 pr. D. de hered. inst. 28, 5. Dagegen nahmen die Römer an, daß dann, wenn der Erblasser eine der Vergangenheit angehörige Theilbestimmung in Bezug genommen hat, z. B.: der Theil, zu welchem mich meine Mutter eingesetzt hat, die Erbeseinsetzung kraftlos werde, wenn eine solche Theilbestimmung nicht getroffen sei, weil man hier die Erbeseinsetzung als bedingte ansah. Dies könnte in vorkommenden Fällen auch bei uns maßgebend sein.

5) In dem Falle bei Striethorst Archiv Bd. 64 S. 228 hat Jemand „seine Tochter, deren Ehemann und Kinder als alleinige und Universalerben eingesetzt." Der Wille des Erblassers, welcher die Familie gleichsam als Einheit erachtete, wäre wohl getroffen gewesen, wenn man die Tochter als Universalerbin angesehen hätte, so daß der Ehemann dem Güterrecht zufolge den Nießbrauch erhalten hätte und die Kinder als Substituten erachtet worden wären. So wurde die Sache zwar nicht ausgelegt, immerhin mit Recht die Theilung nach Köpfen verneint.

6) Wenn ein überlebender Ehegatte mit den übrigen gesetzlichen Erben ohne Quotenbestimmung zu Erben eingesetzt ist, z. B. meine Frau und meine Kinder sollen meine Erben sein, so nimmt man in der Praxis mit Recht an, daß die Vertheilung nach den Grundsätzen der Intestaterbfolge zu geschehen habe, vgl. die bei Rönne zu § 261 L. R. I, 12 Angeführten. Die Kritik von Koch zu § 261 ist ohne Grund. Es handelt sich selbstverständlich nur um eine Auslegungsfrage. So auch Eccius Bd. 4 § 251 Anm. 67. — Abweichende Ansichten hat Vangerow Bd. 2 § 449 Anm. 3 unter II, 3 S. 168.

7) In welchem Verhältniß theilen sie? Im Zweifel nach Kopftheilen, unter Umständen z. B. Intestaterben nach anderem Maßstab.

Rücksicht auf die ihnen zufallende Portion in einem ähnlichen Verhältniß, wie bei der Intestaterbfolge die auf dieselbe Stammportion Berufenen. Diese Wirkung der engeren Verbindung beruht auf der Logik, genauer gesprochen, auf der logisch zu folgernden Willensmeinung des Erblassers. Sie tritt daher nach preußischem Recht ein,[8] wie nach römischem Recht. Die Frage aber, wann eine derartige Verbindung vorliegt, ist bei dem Umstand, daß sich der deutsche Erblasser der prägnanten Redeweise eines Römers nicht zu bedienen pflegt, in anderer Weise zu beantworten, als in Rom. Der deutsche Sprachgeist allein kann hier maßgebend sein.[9] Der Fall einer Verbindung ist namentlich dann gegeben, wenn der Erblasser, welcher die Erben unter verschiedenen Ziffern aufführte, mehrere unter derselben Ziffer beruft.

4. Hat der Erblasser allen seinen Erben ausdrücklich Theile zugewiesen, so können sich Schwierigkeiten durch Fehler ergeben.

Wenn diese Theile das Ganze nicht erschöpfen, so rücken im Gegensatz zum römischen Recht die gesetzlichen Erben ein.[10] Ergiebt sich jedoch aus dem letzten Willen, daß die testamentarisch Berufenen die alleinigen Erben sein sollen und ist gleichwohl über einzelne Bruchtheile keine Bestimmung getroffen, so wachsen die Antheile der Ernannten verhältnißmäßig.[11]

---

8) Es fehlt nicht an Juristen, welche jeden Einfluß der Verbindung nach preußischem Recht in Abrede stellen. Der von Crelinger preußisches Erbrecht, für dieselbe angeführte § 284 des Titels gehört freilich in keiner Weise hierher. Allein um deswillen ist nicht anzunehmen, daß das preußische Recht eine testamentarische Berufung Mehrerer auf eine Gesammtportion nicht als erheblich ansehe, wie dies namentlich Korte in Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 494 ff. behauptet. Vielmehr findet sich über den Gegenstand nur keine besondere Bestimmung im Gesetz. Es entscheiden also die allgemeinen Grundsätze, wonach der erkennbare Wille des Erblassers für die Feststellung der Theile maßgebend ist. So Schweikart in Ulrichs Archiv Bd. 4 S. 155, vgl. L. R. I, 12 § 368. Uebrigens bestehen hier zwei verwandte, jedoch nicht nothwendig zusammenfallende Fragen. Die eine ist, ob Mehrere der Art zusammen berufen sind, daß sie zusammen nur einen Theil erhalten, in den sie sich wiederum zu theilen haben, die andere, ob ein engeres Anwachsungsrecht zwischen ihnen besteht, indem Jeder eventuell auf jenen ganzen Theil berufen wurde.

9) Die Römer unterstellten eine re et verbis conjunctio nicht bloß, wenn der Erblasser sagte: Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto, sie entscheiden weiter bei der Anordnung Titius heres esto, Sejus et Maevius heredes sunto . . duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur l. 59 § 2 D. de her. inst. 28, 5. Der deutsche Erblasser pflegt so peinlich die Worte nicht zu wägen, man käme in der Regel seinem Willen nicht nach, wenn man in solcher Weise verfahren wollte. Ebensowenig könnte man annehmen, daß der Erblasser, welcher zu Erben einsetzt seine drei Geschwister und seinen Freund N., dem Freunde die eine Hälfte und jedem der Geschwister ein Sechstel zuwendete, während dies allerdings in Rom nach der l. 13 pr. D. de her. inst. 28, 5 so aufgefaßt wurde, wenn der Erblasser nicht das Wort aeque hinzufügte. Eine Verbindung liegt vor, wenn der Erblasser sagt: A. soll die Hälfte meiner Erbschaft haben, B. und C. die andere Hälfte, in welche sie sich zu theilen haben.

10) L. R. I, 12 § 45.

11) L. R. I, 12 § 264, vgl. §§ 254. 255.

Wenn die zugewiesenen Theile umgekehrt zusammen mehr als das Ganze betragen, so sind an sich verschiedene Arten der Behandlung denkbar. Man könnte annehmen, daß die später gemachten Zuwendungen im Zweifel die früher gemachten soweit aufheben, als dies nothwendig ist, um ihnen Raum zu verschaffen. Man kann aber auch die zugetheilten Quoten sämmtlich verhältnißmäßig verkleineren.

Die letztere Behandlungsweise war nach römischem Recht die gebotene.[12] Nach preußischem Recht fehlt eine besondere Bestimmung. Die römische Regel muß aber auch hier maßgebend sein, da das Testament eine einheitliche Verfügung bildet, die schließlich zu derselben Zeit solennisirt wird.[13] Indessen gilt dies nur soweit, als nicht eine andere Absicht des Erblassers ersichtlich ist, was z. B. anzunehmen sein würde, wenn derselbe mehrere unter verschiedenem Datum errichtete Schriftstücke gleichzeitig gerichtlich abnehmen ließ, von denen das spätere Theile vergiebt, nachdem das frühere das Ganze bereits erschöpft hat. Selbstverständlich geht auch dann, wenn der Erblasser mehrere sich ergänzende Testamente successive verfertigte, die spätere Bestimmung vor.[14]

3. Hat der Erblasser einigen Erben bestimmte Quoten angewiesen und einen oder einige Erben ohne Zuweisung eines Theiles ernannt, so erhalten die Letzteren dasjenige, was unvertheilt blieb. Sie theilen dies nach Köpfen, wenn der Erblasser nicht z. B. durch eine Verbindung eine andere Absicht zu erkennen gab.[15] Wie aber, wenn der Erblasser bereits Alles vertheilt hat? So selten dergleichen heutzutage vorkommen wird, so gab doch das römische Recht, in welchem solche Dinge häufiger gewesen zu sein scheinen, Veranlassung der Frage nahe zu treten.

Hatte der römische Erblasser das Ganze — As — durch Zuwendung von zwölf Uncien gerade erschöpft und außerdem einen oder einige Erben ohne Zuweisung von Theilen ernannt, so erhielten diese nach römischem Recht die Hälfte der Erbschaft nach der Regel ex asse fit dupondium,[16] betrugen aber die ausgesetzten Erbtheile schon an sich mehr als das Ganze und hatte der Erb-

12) l. 13 § 4 ff. D. de her. inst. 28, 5. Einen Widerspruch enthält freilich l. 23 C. de legatis 6, 37 ... manifestum est eum, qui ab initio duodecim uncias rei cuidam reliquit, alii autem postea sex, recessisse a priore voluntate, voluisse autem minui eam sex unciis.

13) Hat also der Erblasser 4 Erben ernannt und dreien je $^1/_3$, dem vierten $^1/_4$ zugewendet, so erhalten die drei je $^4/_{15}$, der Vierte $^3/_{15}$. Gab er einem Erben das Ganze, dem andern die Hälfte des Nachlasses, so erhält der erstere $^2/_3$, der letztere $^1/_3$, wenn nicht eine andere Willensmeinung des Erblassers erhellt. Vgl. Eccius Bd. 4 § 251 Anm. 74 gegen Förster.

14) Vgl. l. 36 pr. D. de testamento milit. 29, 1.

15) L. R. I, 12 § 268, l. 17 pr. D. de her. inst. 28, 5.

16) Es galt dies als mens testantis l. 20 § 1 D. de her. inst. 28, 5, l. 87 D. eod.

lasser außerdem noch Erben ohne Zuschreibung von Quoten ernannt, so fiel diesen anheim, was nach Abrechnung der bestimmten Theile vom dupondium übrig blieb. Es konnte auch entsprechend zum tripondium kommen, bei welchem die Uncie wie ein Sechsunddreißigstel gerechnet wurde.

Nach Landrecht gilt Folgendes: Hat der Erblasser den Nachlaß durch Bestimmung der Erbtheile der Art erschöpft, daß für denjenigen, dessen Antheil unbestimmt geblieben, nichts mehr übrig sein würde, so müssen die Miterben nach Verhältniß ihrer Theile so viel abgeben, als erforderlich ist, ihn demjenigen gleichzusetzen, welchem im Testament der kleinste Erbtheil beschieden ist.[17] Dies ist als das anzusehen, was der Testator mindestens zuwenden wollte; ob er mehr vergeben wollte, bleibt dahin gestellt.[18] Sind die zugeschriebenen Erbtheile gleich große, so ist ein Kopftheil abzugeben.[19] Es finden diese Vorschriften auch Anwendung, wenn der Testator nach Erschöpfung des Nachlasses einen Erben ausdrücklich in den Ueberrest eingesetzt oder auch Abzüge von den Antheilen der Miterben ausdrücklich verboten hat,[20] was, da es sich doch nur um Auslegung des Willens des Erblassers handelt, wohl zu weit geht. Sind mehrere Miterben nach Erschöpfung des Nachlasses ohne Bestimmung von Erbtheilen eingesetzt, so ist Jedem dieser Erben jener Minimaltheil zuzuweisen.[21] Diese Behandlungsweise tritt auch ein, wenn der Erblasser das Ganze bereits durch Zuwendungen von Erbtheilen überschritten hatte.[22]

§ 130. Das Anwachsungsrecht unter Miterben.[1]

1. Auch nach preußischem Recht findet unter testamentarischen Miterben das Recht des Zuwachses statt.[2] Allerdings geht die Berufung

---

17) L. R. I, 12 § 269.

18) Es rechtfertigt sich hiernach die landrechtliche Vorschrift wohl besser als die Ansicht von Schweikart a. a. O. S. 191, welcher dem heres sine parte einen Kopftheil zuerkennen will.

19) L. R. I, 12 § 270.

20) L. R. I, 12 § 274. Anders die römischen Juristen l. 17 § 3 D. de her. inst. 28, 5.

21) L. R. I, 12 § 269. Schweikart a. a. O. S. 201.

22) Hat der Erblasser Einigen nicht auf Quoten eingesetzten Erben sämmtliche Erbschaftsaktiven einzeln zugewiesen und daneben andere Erben eingesetzt, so erhalten die Letzteren nichts, gerade so, wie wenn die Erbschaft durch Vermächtnisse erschöpft wäre, L. R. I, 12 §§ 275. 276.

1) L. R. I, 12 § 281 ff. Korte Entwicklung der Lehre vom jus accrescendi nach preußischem Recht in Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 476 ff., vgl. Vangerow Bd 2 § 493 ff. Dernburg Pand. Bd. 3 § 91.

2) So wird vom Gesetz das Institut genannt, L. R. I, 12 § 282; in neuerer Zeit ist der Ausdruck Anwachsungsrecht gebräuchlich geworden.

der Miterben nicht mehr wie nach römischem Recht unabänderlich auf die Gesammterbschaft, so daß die Anwachsung der den Andern zunächst zugedachten von diesen nicht erworbenen Erbtheile nicht mehr unabhängig vom Willen des Erblassers, also mit Nothwendigkeit eintritt.[3] Aber immerhin gilt nach preußischem Recht die Berufung des testamentarischen Theilerben gesetzlicher Vermuthung nach auf die Gesammtheit der Erbschaft;[4] Anwachsung ist daher Regel,[5] so daß sie nur dann nicht eintritt, wenn der Erblasser den Zuwachs ausgeschlossen hat, womit den Intestaterben Raum gemacht wird.[6] Diese Regel entspricht in der That der vermuthlichen Willensmeinung des Erblassers. Denn wer über seinen gesammten Nachlaß testirt und auf die gesetzliche Erbfolge keinen Bezug nimmt, will im Zweifel den Testamentserben den Vorzug vor den Intestaterben auch auf die ausfallenden Erbtheile geben.

2. Wie nach römischem, so tritt auch nach preußischem Recht ein specielles Anwachsungsrecht ein, wenn der Erblasser dasselbe ausdrücklich vorgesehen, oder durch Zusammenberufen Mehrerer auf denselben Erbtheil ein besonderes Band um sie geschlungen hat.[7] Die Frage, wann eine solche Verbindung vorliegt, läßt sich, wie bereits in anderer Richtung hervorgehoben wurde, nicht nach den römischen Regeln beantworten. Die deutsche Redeweise muß hierüber entscheiden. Nur der allgemeinste Satz hat auch für uns eine Wahrheit, daß nicht das bloße Zusammenberufen in einem Satz genügt

---

3) Anders stand es auch hier beim Soldatentestament. Ja die l. 37 D. de testamento milit. 29, 1 beruft beim Ausfallen eines Miterben die Intestaterben: nisi si haec voluntas defuncti probata fuerit, ut omittente altero ad alterum vellet totam redire hereditatem. Also auch hier bewegte sich das römische Recht, wie so oft, in Extremen.

4) Im Projekt des corp. jur. Fridericiani Th. 2 lib. VII tit. 4 art. 1 § 17 hatte sich der Gesetzgeber bewogen gesehen, das ganze jus accrescendi aufzuheben und ein für allemal festzusetzen, daß wenn Einer von den conjunctim eingesetzten Erben wegfällt, dessen Portion allemal den Erben ab intestato, nicht aber den coheredibus anheim fallen solle. Dies einmal in Folge der Abschaffung der Regel, daß Niemand pro parte testatus versterben könne, dann um die Subtilitäten des Akkrescenzrechtes abzuschaffen, endlich auch, weil der Billigkeit gemäß sei, daß wenn ein eingesetzter Erbe wegfalle, dessen Portion vielmehr denjenigen, welche von Natur und nach Familienrecht zur Succession gerufen würden, als den Miterben anheimfalle.

5) L. R. I, 12 § 281. Eine eigentliche Akkrescenz tritt natürlich nicht ein, wenn die Einsetzung des Miterben von vornherein ungültig, wenn er z. B. bereits verstorben war, l. un. § 3 C. de cad. toll. 6, 51. Jedoch ist der Fall nach Analogie des Akkrescenzrechts zu behandeln.

6) L. R. I, 12 § 285. „Hat der Testator den Zuwachs ausdrücklich verboten, so fällt die erledigte Erbportion jedesmal an die Intestaterben." Dasselbe muß aber gelten, wenn der bezügliche Wille aus dem Zusammenhange des Testaments erhellt. So auch Eccius Bd. 4 § 272 Anm. 12, mit Recht sich hier nicht an das Wort des Textes klammernd.

7) L. R. I, 12 § 284.

— die verbis conjunctio —, daß vielmehr die Zusammenberufung auf dasselbe Erbtheil, sei es bloß re oder zugleich re et verbis, erfordert wird.[8] Der Erblasser kann andererseits einzelnen Erben das Anwachsungsrecht ausdrücklich entziehen, z. B., wenn er einen Erben auf seinen Pflichttheil beschränkt.[9]

3. Anwachsung tritt nur dann ein, wenn der Erbtheil, um welchen es sich handelt, nicht auf die Erben des Erben übergeht, was z. B. nach preußischem Recht auch geschieht, wenn der eingesetzte Erbe nach dem Tode des Erblassers vor der Entscheidung der Bedingung der Zuwendung verstarb.[10] Auch geht der Substitut des Ausgefallenen dem Miterben in der Regel vor.[11] Die Anwachsung geschieht nach preußischem Recht auch, wenn der Miterbe seinen Erbtheil, nachdem er denselben bereits erworben hat, wieder verliert, z. B. in Folge einer auflösenden Bedingung. Es hat dann der testamentarische Miterbe bezüglich des ihm anwachsenden Erbtheils die Stellung eines fideikommissarischen Substituten.[12]

4. Der Zuwachs an mehrere Miterben geschieht nach dem Verhältniß der Größe ihrer Haupterbtheile.[13]

5. Wer seinen Erbtheil endgültig erworben hat, so daß ihm bezüglich desselben ein Entsagungsrecht nicht mehr zusteht, kann auch den ihm anwachsenden Erbtheilen nicht mehr entsagen.[14]

---

8) Vgl. oben § 129 Ziff. 3. Hat der Erblasser mehrere Erben zu bestimmten Theilen eingesetzt und auf das Uebrige A. und B., so gelten diese nach preußischem Recht wenigstens dann nicht als verbunden, wenn die Masse durch Zuweisung bestimmter Theile erschöpft ist, da in diesem Falle nach L. R. I, 12 §§ 269. 274 einem Jeden dieser beiden die kleinste Erbportion als zugewiesen gilt, welche im Testament einem heres cum parte zugeschrieben ist, Korte a. a. O. S. 497, vgl. übrigens l. 17 § 1 D. de her. inst. 28, 5.

9) So Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 548. Immerhin ist die Frage, wie die Beschränkung auf den Pflichttheil vom Erblasser gemeint ist und ob sie auch den Ausschluß der Anwachsung in sich schließt, Frage des einzelnen Falles.

10) Vgl. oben § 125 Ziff. 4.

11) Das Anwachsungsrecht hat den Vorzug, wenn die Substitution nur auf den Fall angeordnet ist, daß alle eingesetzten Erben ausgefallen sind. l. 10 C. de impuberum et aliis substitutionibus 6, 26.

12) L. R. I, 12 § 260 erklärt allerdings bei einer Erbeseinsetzung auf Zeit den gesetzlichen Erben als substituirt, vgl. oben § 123 Ziff. II. Allein hierbei ist offenbar nur der Fall ins Auge gefaßt, wenn der Erblasser nur einen testamentarischen Erben und zwar auf Zeit eingesetzt hat. Hätte der Erblasser etwa so testirt, A. soll mein Erbe sein, B. soll, so lange er lebt, die Hälfte der Erbschaft haben oder mit ihm theilen, so wird der Eintritt des Anwachsungsrechtes an den A. beim Tode des B. nicht zweifelhaft sein können. Eccius sieht hierin „Substitution", nicht „Anwachsung". Aber A. erhält den Theil des B. hier nur soweit er selbst Erbe geworden ist.

13) L. R. I, 12 § 282.

14) Dies ist der Sinn der allerdings nicht unzweideutigen Worte von L. R. I, 12 § 286, Vgl. Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 552 und die dort angeführten Erkenntnisse.

6. Den allgemeinen Grundsätzen des preußischen Rechtes gemäß hat der Erbe die auf dem anwachsenden Erbtheil ruhenden Lasten zu tragen;[15] aber nur soweit, wie der angefallene Erbtheil die Mittel giebt, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob ein Inventar errichtet ist.[16]

§ 131. Erbeseinsetzung auf Einzelobjekte.[1]

I. Die Einsetzung eines Erben auf eine einzelne Sache oder einen Inbegriff einzelner Sachen enthält einen innern Widerspruch, da die Berufung als Erbe die Zuwendung der Gesammtheit des Vermögens oder wenigstens einer Quote des Gesammtvermögens bedeutet, womit unverträglich ist, daß der Honorirte nur einzelne Sachen erhalten soll.

Die römische Jurisprudenz löste den Widerspruch im Fall der Ernennung eines solchen heres ex re certa der Art, daß man die Erbeseinsetzung als das Wesentliche auffaßte und den widersprechenden Zusatz wegdachte.[2] Immerhin beschränkte man den heres ex re certa im Endergebniß auf die ihm bestimmte Sache, wenn sich aus dem Testament Personen ergaben, zu deren Gunsten die Beschränkung zugefügt war. Es geschah dies durch Annahme eines Fideikommisses zur Herausgabe des Nachlasses an jene Personen.[3] Die Vorzüge einer derartigen Anordnung vor einer gewöhnlichen Vermächtnißzuwendung lagen daher vorzugsweise in folgenden Punkten. Das bloße Vermächtniß war davon abhängig, daß ein Erbe die Erbschaft antrat; der heres ex re certa konnte selbst die Erbschaft antreten, und sich so die ihm

---

So auch nach römischem Recht l. 53 § 1 D. de a. vel o. her. 29, 2: qui semel aliqua ex parte heres extiterit, deficientium partes etiam invitus excipit.

15) Nach römischem Recht war dies ein späterer auf Billigkeit ruhender Satz, l. 61 § 1 D. de leg. II, nach preußischem Recht versteht er sich von selbst. Siehe unten § 136 Ziff. 2.

16) L. R. I, 12 § 287. Allerdings haftet in der Regel der Erbe ohne Vorbehalt nach preußischem Recht ohne Rücksicht auf den Betrag der Masse. Allein hier ist die Lage doch insofern eigenthümlich, als der Erbe möglicherweise mit Rücksicht auf den ihm zugewiesenen, nicht besonders belasteten Theil der Erbschaft keine Veranlassung hatte, ein Inventar zu errichten, und dann durch den Anfall eines überschwerten Erbtheils unvorhergesehener Weise zu Schaden kommen könnte.

1) L. R. I, 12 § 256 ff. Die gemeinrechtliche Litteratur ist auch hier sehr reich. Grundlegend ist Neuner die heredis institutio ex re certa 1853, vgl. ferner Padeletti die Lehre von der Erbeinsetzung ex re certa 1870, Kuntze über die Einsetzung auf bestimmte Nachlaßstücke 1875.

2) l. 1 § 4 D. de hered. inst. 28, 5: si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio detracta fundi mentione l. 9 § 13 D. eod. l. 30 D. ad S. C. Treb. 36, 1.

3) l. 30 D. ad S. C. Treb. 36, 1, l. 35 pr. l. 78 pr. D. h. t. 28, 5. Ueber das Einzelne bestehen zahlreiche Streitfragen, auf die hier nicht weiter einzugehen ist. Vgl. die angeführten Schriften und Vangerow Bd. 2 § 449. Dernburg Pand. Bd. 3 § 87.

bestimmte Sache sichern. Ferner aber behielt der heres ex re certa die Gesammterbschaft, wenn sich Niemand fand, der auf die ihm nicht bestimmten Theile der Erbschaft Ansprüche geltend zu machen hatte oder solche erhob. Der Vermächtnißnehmer dagegen war unter allen Umständen auf sein Vermächtniß beschränkt. Mit diesem System stand auch nicht im Widerspruch die Verordnung Justinians, daß dann, wenn in demselben Testament einige Erben auf Quoten, andere auf res certae eingesetzt seien, die letzteren nur legatariorum loco seien und daß nur die ersteren von den Erbschaftsgläubigern als Erben belangt werden sollten.[4] Denn es ist hierbei unterstellt, daß die gehörig instituirten Miterben in der That die Erbschaft erwerben. Geschah dies nicht, so war der heres ex re certa Universalsuccessor des Erblassers und nicht Vermächtnißnehmer.

II. In Deutschland hatte die römische Theorie des heres ex re certa um deswillen keinen Boden, weil der Ausdruck „erben" den besonderen Sinn, in welchem er in Rom allgemein genommen wurde, im Bewußtsein des deutschen Volkes nicht hat. Ob Jemand im Testament zur Gesammtnachfolge berufen ist, ergiebt sich hier, wie früher nachgewiesen wurde, aus der Gesammtheit der letztwilligen Verordnung,[5] und nur zum geringsten Theil aus der Wahl der Worte „erben" oder „vermachen".[6] Hat der Erblasser bestimmt, daß Jemand gewisse Gegenstände „erben" soll, so kann dies also einen ganz verschiedenen Sinn haben.

a) Der Erblasser kann die Absicht gehabt haben, dem Bedachten durch seine Verfügung einen Erbschaftstheil zuzuwenden und ihm auf seinen Antheil die bestimmten Sachen zuzuweisen. Hier hat er eine Theilungsvorschrift getroffen, der Bedachte ist aber wahrer Erbe, mitbetheiligt an den Erbschaftsforderungen, wie an den Erbschaftsschulden.[7]

b) Ganz anders, wenn der Erblasser den Bedachten auf die ihm bestimmten Sachen beschränken will. In diesem Fall ist derselbe Legatar, wenn er auch Erbe genannt wird. Es ist zu eng, wenn das Landrecht im Anschluß an die justinianische Verordnung für diesen Fall besagt, daß derjenige, welchem eine bestimmte Sache oder Summe zu seinem Erbtheil ange-

---

4) l. 13 C. de hered. inst. 6, 24. Vgl. über diese immer noch bestrittene Stelle Neuner a. a. O. S. 385 ff.

5) L. R. I, 12 §§ 254. 256.

6) L. R. I, 12 § 257.

7) Vgl. unten § 163. Hat der Erblasser seine gesammten Vermögensobjekte unter die Erben vertheilt und haben die Zuweisungen einen verschiedenen Betrag, so wird hieraus zu entnehmen sein, daß die Erben nach der Absicht des Erblassers zu verschiedenen Bruchtheilen berufen sein sollten.

wiesen wurde, im Verhältniß gegen die übrigen Erben als bloßer Legatarius zu behandeln sei.[8] Er ist vielmehr nach keiner Richtung als Testamentserbe anzusehen, da er nicht auf den Inbegriff des Nachlasses berufen wurde, namentlich ist er auch den Nachlaßgläubigern gegenüber als bloßer Legatar zu behandeln.[9]

Fünftes Kapitel.

Die Vermächtnisse.

I. Begriff, Inhalt, Umfang.

§ 132. Begriff des Vermächtnisses.[1]

1. Die Berufung zur Erbschaft legt in erster Linie eine Aufgabe auf. Der Erbe soll die zur Zeit des Todes des Erblassers schwebenden Rechtsverhältnisse abwickeln, Gläubigern und Pflichttheilsberechtigten gerecht werden, für die Erfüllung der letztwilligen Anordnungen sorgen und in jeder Weise für den Erblasser eintreten. Daß der Erbe dabei einen Vermögensvortheil davon trägt, ist begrifflich nichts Wesentliches und nicht immer der Fall. Anders dagegen das Vermächtniß. Dasselbe bildet eine letztwillige Freigebigkeit gegen den Vermächtnißnehmer zu Lasten des Nachlasses.[2 3] Der Erblasser kann diese Zuwendung mit Aufträgen und Belastungen verknüpfen, dies ist aber nichts Wesentliches.

---

8) L. R. I, 12 §§ 256. 258. 263.

9) Dies hat mit Recht das O. Trib. ausgeführt. Entsch. Bd. 15 S. 188 ff. Ebenso R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 454.

1) L. R. I, 12 §§ 288—457. Geyert die Lehre von den Vermächtnissen nach dem Allgemeinen Preußischen Landrecht mit Rücksicht auf die römische Gesetzgebung, Frankfurt a. O. 1836. Reich ist das Material des gemeinen Rechtes; es handeln von den Vermächtnissen die Institutionen lib. 2 tit. 20—25, die Bücher der Pandekten 30—36, der Codex lib. VI tit. 36—54. Bearbeitungen sind von Arndts Schriften Bd. 2 S. 418, ferner in der unvollendeten Darstellung bei Glück Bd. 46, 47. Bd. 48 Abth. 1.

2) L. R. I, 12 § 6 spricht sich dahin aus, einzelne bestimmte in einem Testament oder Kodicill hinterlassene Sachen oder Summen werden Legate oder Vermächtnisse genannt. Eine wissenschaftliche Definition liegt hierin nicht, sondern nur eine ungefähre populäre Beschreibung. Anderes beabsichtigte man auch bei der Redaktion des Landrechts nicht.

3) Vgl. Arndts bei Glück Bd. 46 S. 80 ff. Unter den römischen Juristen äußerte Modestinus in l. 36 D. de leg. II: legatum est donatio testamento relicta, woran sich die etwas erweiterte Bestimmung in § 1 J. de leg. 2, 20 schließt. Damit wird, wie wir meinen, zutreffend angedeutet, daß das Legat, wie die Schenkung auf einer Liberalität beruht, sich aber als letztwillige Vergabung von dieser unterscheidet. Eine Definition im modernen Sinne liegt hierin nicht. Eher ist eine solche in der Erklärung von Florentinus zu finden l. 116 pr. D. de leg. I: legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit. Dies ist

2. Der Vortheil des Vermächtnisses muß **nicht**, wie bei der Schenkung im engeren Sinne, in einer **Vermehrung** des Vermögens bestehen,[4] hat also nicht nothwendig Bereicherung des Legatars und Verminderung des belasteten Nachlasses zur Folge. Den Inhalt des Vermächtnisses können vielmehr auch bilden Sicherung von Vermögensansprüchen, welche dem Legatar bereits zustehen, durch Anerkennung,[5] Verbürgung oder Pfandbestellung; ferner Erlaß von Sicherungsmitteln, z. B. einer Hypothek, während die pfandrechtlich gesicherte Forderung fortbesteht, Inhalt des Vermächtnisses kann auch bloße Veränderung in den Bestandtheilen des Vermögens des Legatars sein, indem zu dessen Gunsten dem Erben aufgegeben wird, etwas für den wahren Werth dem Legatar abzukaufen oder ihm zu verkaufen.[6]

3. Nur derjenige aber ist Vermächtnißnehmer, welchem der fragliche Vortheil in freigebiger Absicht zugewendet wurde.[7] Keinen Vermächtniß-

---

zutreffend und im Wesentlichen genügend. Neuere haben sich an dem Begriff des Vermächtnisses in sehr verschiedener Weise versucht. Nach Koeppen — bei Jhering Jahrbuch Bd. 5 S. 185 — ist das Recht des Vermächtnisses kein Vermögensrecht, sondern ein Familienrecht, dessen Ausübung bloß in einer Willenserklärung, der Annahme oder der Zurückweisung bestehe; erst durch die Annahme setze sich das als solches erloschene Familienrecht um zu einem Erwerbstitel für ein wahres Vermögensrecht. Für Hartmann, Begriff und Natur der Vermächtnisse im römischen Recht, Braunschweig 1872, ist das Vermächtniß **Form** letztwilliger Zuwendung von Vermögensstoff auf rechtlicher Grundlage der Beerbung. Das Vermächtniß ist ihm ein anwendbares und gültiges Mittel für jeden Zweck, der mit der allgemeinen Funktion und Bestimmung des letzten Willens im Einklang steht. Es finde sich also eine principielle totale Abstraktion von speciellen Zwecken. Hat das Vermächtniß, wie wir behaupten, und begründen wollen, zum Zweck eine letztwillige Liberalität, so ergiebt sich das Verfehlte auch dieses Versuches von selbst. Windscheid endlich Bd. 3 § 623 behauptet, genau lasse sich der Begriff des Vermächtnisses nur negativ bestimmen. Als Vermächtniß erscheint ihm eine Zuwendung von Todes wegen, welche weder Erbeseinsetzung noch Schenkung auf den Todesfall ist. Hiermit wird freilich, wie Hartmann a. a. O. S. 6 bemerkt, zur Aufhellung seiner innern Natur nichts gewonnen.

4) Vgl. oben Bd. 2 § 161. Um deswillen ist die Zusammenstellung des legatum und der donatio in l. 36 D. de leg. II allerdings nicht ganz zutreffend.

5) Hierher gehört das s. g. legatum debiti.

6) l. 49 § 8, l. 66 D. de le. I. Vgl. l. 11 §§ 20. 22 D. de leg. III.

7) Windscheid Bd. 3 § 623 bei Anm. 5, Hartmann a. a. O. S. 26 nehmen an, daß das Vermächtniß eine Liberalität gegen den Vermächtnißnehmer enthalte, sei zwar das Regelmäßige, gehöre aber nicht zu seinem Wesen. Hiermit treten diese Schriftsteller aber in Widerspruch zu den römischen Quellen, l. 4 § 29 D. de doli mali exc. 44, 4, auch l 82 § 6 D. de leg. I. Der Umstand, daß dem Legatar aufgelegt werden kann, das Empfangene einem Nachlegatar vollständig zu restituiren, beweist nichts gegen die lukrative Zuwendung, weil die beiden Vermächtnisse kein einheitliches Rechtsgeschäft bilden, zudem aber der erste Legatar wenigstens für den Fall endgültig bereichert wird, wenn der Nachvermächtnißnehmer ausfällt, und jedenfalls, wenn er ausschlägt, l. 17 pr. D. de leg. II. Eine von Eventualitäten abhängige Liberalität bleibt doch lukrative Zuwendung. Auch die deutsche Konkursordnung subsumirt, wie bis jetzt unbezweifelt blieb, im § 56 Ziff. 4 die Vermächtnisse den Forderungen aus einer Freigebigkeit.

anspruch haben Personen, welchen eine letztwillige Verfügung bloß thatsächlich Vortheil bringt. Wenn z. B. der Erblasser die Erhaltung seiner Parkanlage aus Interesse für dieselbe seinem Erben auflegte, werden die Nachbarn nicht Vermächtnißnehmer, so lebhaft sie thatsächlich an Ausführung dieser Bestimmung betheiligt sein mögen.

Der Gedanke, daß das Vermächtniß aus einer Freigebigkeit gegen den Honorirten hervorgehen müsse, führte die älteren römischen Juristen zur Annahme der Ungültigkeit von Vermächtnissen, welche poenae nomine angeordnet waren, d. h. einen Zwang gegen den Erben zu einer Handlung oder Unterlassung bewirken sollten.[8] Dies ist bereits im justinianischen Rechte aufgegeben. In der That ist es sehr wohl denkbar, daß sich mit der hauptsächlichen Absicht des Zwanges gegen den Erben, in zweiter Linie für den Eintritt des Falles die Absicht einer Freigebigkeit gegen den Vermächtnißnehmer verbindet.[9]

4. Das Vermächtniß setzt voraus, daß dem Vermächtnißnehmer ein selbständiger Anspruch auf die Zuwendung zugetheilt wird. Keine Vermächtnißanordnung liegt also darin, daß der Testator die Erbeseinsetzung von einer Leistung an einen Dritten abhängig gemacht hat, z. B.: A. soll mein Erbe sein, wenn er der Armenkasse des Ortes eine gewisse Summe gegeben hat, s. g. condicionis implendae causa datum.[10] Derartige Anordnungen sind übrigens heute seltener als in Rom, und selbst wenn der Erblasser seine Verfügung so gefaßt hat, wird man häufig dem Sinne nach annehmen müssen, daß er ein wahres Vermächtniß zu Gunsten des durch die Bedingung Bezeichneten beabsichtigte.

5. Nach römischem Recht war für das Vermächtniß wesentlich, daß dasselbe abhängig war von dem Antritt der Erbschaft seitens eines Erben und zwar ursprünglich des Testamentserben, später irgend eines mit dem Vermächtniß belasteten Erben.[11] Nach preußischem Recht dagegen werden die Vermächtnisse auch geschuldet, wenn es ausnahmsweise zum Eintritt eines Erben nicht kommt, da der Nachlaß in anderer Weise seinen Vertreter finden kann, insbesondere durch einen Nachlaßpfleger.[12]

6. Da dem Vermächtnißnehmer nur einzelne Vermögensvortheile aus dem Nachlaß zugewendet werden, so liegt ihm die Befriedigung der Gläu-

---

8) § 36 J. de leg. 2, 20.

9) Ueber den mit dem Marginal „Vermächtnisse, die als Strafe verordnet sind“ versehenen § 457 des Titels vgl. unten § 171.

10) l. 8 D. si quis omissa causa test. 29, 4.

11) l. 7 D. quando dies legatorum 36, 2.

12) Vgl. unten § 136 im Text hinter Anm. 11.

biger des Erblassers nicht ob.[13] Im römischen Recht wurde jedoch diese, wie andere Verschiedenheiten des Vermächtnisses von der Erbeseinsetzung verdunkelt durch die der römischen Kaiserzeit angehörende Zwischenbildung des Universalfideikommisses. Das Universalfideikommiß, welches die Herausgabe der Erbschaft im Ganzen oder zu einer Quote zum Inhalt hatte, galt als Vermächtniß, hatte aber schließlich die allgemeine Vertretung des Erblassers zum Zweck und Erfolg. So ist es durchaus anomaler Art. Die Bestimmung des Vermächtnißbegriffes kann auf das Universalfideikommiß keine Rücksicht nehmen, wenn derselbe nicht des konkreten Inhalts beraubt werden soll. Das preußische Recht hat logischerweise das s. g. Universalfideikommiß aus der Reihe der Vermächtnisse ausgeschieden und behandelt dasselbe als eine Art der Erbeseinsetzung.

7. Auch für die Vermächtnisse hatte bekanntlich das römische Recht zwei Institute gebildet. Die Legate fußten auf dem alten Civilrechte.[14] Ihre Anordnung war nur in einem rechtsgültigen Testament, oder wenigstens einem testamentarisch bestätigten Kodicill, nach der Erbeseinsetzung und in bestimmten typischen Wortformen zulässig; nur der Testamentserbe selbst, kein anderer im Testamente Bedachter konnte mit Legaten belastet werden. Die Fideikommisse dagegen, deren Klagbarkeit dem kaiserlichen Recht angehört, wurden ursprünglich formlos angeordnet, mit ihnen konnte belastet werden, wer immer vom Erblasser letztwillig etwas unmittelbar oder mittelbar empfing, oder wem er als Intestaterben etwas hinterließ. Während die Legate strengen Rechtens waren, herrschte bei den Fideikommissen die größte Freiheit der Beurtheilung. Durch Legate konnte auf den Legatar unmittelbar mit dem Erbschaftsantritt Eigenthum und dingliches Recht übertragen werden, die Fideikommisse gewährten grundsätzlich nur persönliche Ansprüche gegen den Beschwerten. Nachdem sich bereits früher die Institute genähert hatten, und namentlich bei den Legaten von der Form, bei den Fideikommissen von der Formlosigkeit abgethan war, hat schließlich Justinian beide verschmolzen, indem er jedem Legat die Eigenschaft des Fideikommisses, jedem Fideikommiß die eines Legats beilegte.[15] Auch nach preußischem Recht besteht nur Ein Vermächtnißinstitut. Es sind namentlich die Vermächtnisse, welche in einem gerichtlichen Testamente oder Kodicill, und diejenigen, welche in formloser Weise gültig angeordnet sind, abgesehen von der Beschränkung der

13) L. R. I, 12 § 298, l. 7 C. de heredit. act. 4, 16.

14) Vgl. die Parallele beider Institute bei Gaj. Inst. II § 268 ff.

15) l. 1 l. 2 C. communia de legatis et fideicommissis 6, 43.

Höhe der letzteren, nicht verschiedener Art. Das Landrecht bezeichnet übrigens die Vermächtnisse häufig einem verbreiteten Sprachgebrauch entsprechend als Legate.

§ 133. Beschränkung der Vermächtnisse auf den Betrag des Nachlasses.

1. Da die Vermächtnisse die Zuwendung eines Vermögensvortheiles aus dem Nachlaß bilden, so ergab sich für die römische Jurisprudenz von selbst der Satz, daß die den Erben aufgelegten Vermächtnisse nur soweit Geltung hatten, als der Nachlaß nach Abzug der Erbschaftsschulden die Mittel gewährte.[1] Des Weiteren nahm man an, daß die einem Nichterben aufgelegten Vermächtnisse nur soweit gälten, als derselbe etwas vom Erblasser empfangen hatte.[2] Bei der Bemessung des Nachlasses legte man die Zeit des Todes des Erblassers zu Grunde, spätere zufällige Vermehrungen oder Verminderungen hatten keinen Einfluß auf die Legate, auch wenn sie sich vor deren Auszahlung ereignet hatten.[3] Auf die Fruchtnutzung jedoch, welche der Belastete aus der ihm zugewendeten Sache noch zog, konnte ein Vermächtniß gelegt werden, da sie indirekt vom Erblasser herkam.

2. Dieser Rechtszustand veränderte sich erheblich in Folge der Einführung der Rechtswohlthat des Inventars, theils unmittelbar, theils mittelbar. Hat nämlich der Erbe versäumt, vorschriftsmäßig ein Inventar zu errichten, so hat er in der Regel die Legate über den Betrag des Nachlasses hinaus aus eigenen Mitteln zu entrichten,[4] da er nach dem Gesetze die Unzulänglichkeit des Nachlasses nur durch die Vorlegung des rechtzeitig und gehörig errichteten Inventars darthun kann. Es gilt dies für preußisches wie für gemeines Recht.[5] Andererseits mußten sich auch dann, wenn der Erbe ein Inventar vorschriftsmäßig errichtet hatte, Abweichungen vom Pandektenrecht herausbilden, denn der Beneficialerbe verwaltet die Masse in erster Linie für Gläubiger und Vermächtnißnehmer, er soll durch den Erbschaftserwerb nur keinen Schaden leiden. Folgerecht fallen zufällige Ver-

---

1) l. 1 § 12 D. si cui plus 35, 3: hactenus legata debentur, quatenus patrimonii vires sufficiunt, utique deducto aere alieno.

2) l. 114 § 3 D. de leg. I, vgl. freilich l. 70 § 1 D. de leg. II.

3) l. 73 pr. D. ad leg. Falcidiam 35, 2. Die Vermächtnißnehmer hatten namentlich keinen Anspruch auf das, was der Erbe durch Vertrag mit den Erbschaftsgläubigern gewann, l. 3 § 1 D. ad leg. Falcidiam 35, 2.

4) Vgl. insbesondere nov. 1 cap. 2 §2, Fritz Archiv f. civ. Pr. Bd. 12 S. 226 ff., Gruchot Beiträge Bd. 2 S. 52 ff.

5) Präjudiz des O. Trib. 1170 in Ulrichs Archiv Bd. 9 S. 219 ff., Entsch. des O. Trib. Bd. 19 S. 124 ff. nach L. R. I, 9 § 418 und insbesondere § 426 und 429. Siehe auch Gruchot a. a. O. Bd. 2 S. 57 ff.

minderungen, welche die Erbschaftsmasse vor Auszahlung der Legate trafen, den Legataren zur Last und es ist andererseits nur gerecht, daß Vermehrungen des Nachlasses nach dem Tode des Erblassers, die im Zufall ihren Grund haben[6] oder auch auf Verträgen des Erben beruhen,[7] den Legataren zu Gute kommen. So behandelt jedenfalls das preußische Recht im Fall des Vorbehalts des Inventars das Verhältniß. Es ergeben sich hiernach folgende Sätze:

a) Der Vorbehaltserbe unterliegt den Vermächtnißansprüchen nicht, wenn der Nachlaß nicht einmal zur Befriedigung der Erbschaftsgläubiger und Pflichttheilsberechtigten ausreicht, oder für dieselbe nur gerade zulangt. Dem Vorbehaltserben liegt der Nachweis dafür ob. Er kann ihn im Fall des Widerspruchs des Vermächtnißnehmers, nicht durch eine Taxe führen, muß vielmehr zur Versilberung des Nachlasses schreiten, um dessen Ueberschuldung darzuthun.[8]

b) Ergiebt der Nachlaß nach Berichtigung der Nachlaßschulden, Pflichttheilsansprüche nicht genügende Mittel zur vollen Leistung sämmtlicher Vermächtnisse, so kann der Vorbehaltserbe den Legataren Abzüge machen oder von ihnen Beiträge fordern.

Abzüge hat der Vorbehaltserbe bei den Vermächtnissen zu machen, die in Geld oder anderen Fungibilien bestehen. Beiträge hat er zu fordern, wenn es sich um das Vermächtniß einer Species handelt. Der Legatar kann sich der Leistung der Beiträge entziehen, wenn er sich des Legats entschlägt. Wer das Legat bereits erhielt, hat die entsprechenden auf ihn entfallenden Einschüsse zu leisten, kann aber auch anstatt derselben die vermachte Sache zurückgewähren, wobei ihm die Stellung eines redlichen Besitzers zukommt.[9]

Der Werth der vermachten Sache ist in Ermangelung anderer Einigung gerichtlich abzuschätzen; für die Schätzung entscheidet der Augenblick des Erbanfalls. Jeder Theil kann, wenn er mit dem Ergebniß der Taxe nicht zufrieden ist, gerichtlichen Verkauf fordern.[10]

---

6) L. R. I, 12 § 361.

7) L. R. I, 12 § 300.

8) R. G. Bd. 5 S. 188.

9) L. R. I, 12 § 338 ff. Ist ein Legatar befriedigt und wird erst hinterher der Nachlaß durch Unglücksfälle der Art vermindert, daß zur Befriedigung der übrigen Vermächtnißnehmer oder auch der Erbschaftsgläubiger nicht Masse genug übrig bleibt, so kann von dem Vermächtnißnehmer, welcher das ihm Gebührende empfing, ein Einschuß nicht gefordert werden, Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 610.

10) L. R. I, 12 § 336 ff. Bedingte Legate kommen vorläufig nicht in Anschlag, der Erbe hat jedoch von den befriedigten Legataren Kaution für den Fall des Eintritts der Bedingung zu fordern, vgl. l. 73 § 2 D. ad leg. Falc. 35, 2. Betagte Legate sind

c) Der Vorbehaltserbe hat, wie später näher auszuführen ist,[10a] das Recht, ein **Aufgebot** der Erbschaftsgläubiger und Legatare zu beantragen unter dem Rechtsnachtheil, daß die nichtangemeldeten den angemeldeten Berechtigten nachstehen. In Folge dessen kann es geschehen, daß die Legatare, die sich melden, vor Erbschaftsgläubigern den Vorzug erlangen, weil diese sich nicht melden.[11]

Hiervon abgesehen gehen die Erbschaftsgläubiger den Legatarien in Kollisionsfällen vor, ohne Unterschied, ob der Erbe unter Vorbehalt des Inventars oder ohne solchen erworben hat.

§ 134. Die falcidische Quart.

I. Möglicherweise nehmen die Legatare den gesammten Reinertrag der Masse vorweg, während der Erbe, welcher in der Regel der nächste Verwandte des Erblassers ist und dem die Mühe und Verantwortlichkeit der Erbschaftsregulirung obliegt, leer ausgeht. Dies war im vorjustinianischen römischen Recht um so härter, weil damals der Erbe mit dem eigenen Vermögen für die Erbschaftsschulden einstand, ohne daß ihm ein Mittel zu Gebote stand, seine Haftung auf den Betrag der Masse zu beschränken, oder auch nur mit Sicherheit deren Summe vor dem Antritt der Erbschaft festzustellen. Als Gegengewicht wurde durch die lex Falcidia verordnet,[1] daß dem Erben der vierte Theil seiner Erbportion frei von Vermächtnissen und anderen letztwilligen Belastungen verbleiben müsse.[2] Hierbei wurde der Augenblick des

---

bereits unter Abzug des Zwischenzinses anzuschlagen, jedoch erst beim Verfalltag auszuzahlen l. 73 § 4 D. eod. Besondere Bestimmungen über die Abzüge beim Legat des Nießbrauchs oder einer Rente L. R. I, 12 § 346 ff. Der § 348 ist durch die wirthschaftlichen Verhältnisse überholt. Man wird den Schätzungswerth auf anderem Wege zu ermitteln haben; vgl. R. K. O. § 62.

10a) Unten § 225.

11) Gesetz betreffend die Zwangsvollstreckung gegen Beneficialerben vom 28. März 1879 § 10. Eccius Bd. 4 § 276 Anm. 61 widerspricht und führt aus „der Erbe ist nur berechtigt den nicht angemeldeten Gläubigern die Befriedigung vorzuenthalten und den Bestand des Nachlasses zur Befriedigung der Legatare zu verwenden. Aber ein Recht des Anmeldenden auf Nichtberücksichtigung des nicht angemeldeten wird nicht begründet. Für ihn ist das Ausschlußurtheil nicht wirksam, sondern nur für den Erben als Antragsteller." Soll also der Erbe die Wahl haben, ob er den Legatar oder den Gläubiger befriedigt? Das wäre ein unbefriedigender Rechtszustand. Nach L. R. I, 12 § 334 müssen die Legatare zur Bezahlung der Schulden „beitragen." Hier fällt dies weg, weil der Erbe nach Erschöpfung des Nachlasses den nicht Angemeldeten nichts zu leisten hat.

1) l. 1. pr. D. ad legem Falcidiam 35, 2. Die lex Falcidia, welche an Stelle früherer beschränkender Gesetze trat, wurde zur Zeit des zweiten Triumvirats im Jahre 714 der Stadt Rom erlassen.

2) Es galt der Satz: in singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam esse l. 77 D. h. t.

Todes des Erblassers zu Grunde gelegt.[3] Auf dieser Grundlage ermittelte man einerseits den Reinbetrag der Erbmasse nach Abrechnung von Schulden, Beerdigungskosten, Kosten der Liquidation und damit den Werth der bezüglichen Erbportion, und rechnete andererseits die Vermächtnisse zusammen. Soweit die Quart für die einzelnen Erben überschritten war, verringerten sich die Vermächtnisse ipso jure.[4]

Mit Einführung des beneficium inventarii war einer der wesentlichen Gründe für die quarta Falcidia, nämlich die Gefahr der unbeschränkten Haftung für Schulden, welche der Erbe nothwendigerweise durch den Erbschaftantritt lief, geschwunden. Es gestattete daher schon Justinian dem Erblasser, den Abzug der Quart durch ausdrückliche Bestimmung auszuschließen. Auch sollte das Recht der Falcidia nur dem Beneficialerben zu Gute kommen.[5]

II. In Deutschland konnte das Institut der quarta Falcidia um so weniger feste Wurzel fassen, als man Testamentsexekutoren kannte, die ihr Amt häufig unentgeltlich verwalteten. Der Erbe, welchem nichts von der Erbschaft übrig bleibt, hat aber von einem Testamentsexekutor keine wesentlich verschiedene Stellung. Dennoch wurde die falcidische Quart in ihrer justinianischen Gestalt gemeinrechtlich recipirt, nur einzelne Partikularrechte wußten sich von derselben frei zu halten.

III. Vorzugsweise geschah dies im preußischen Recht.[6] Der Erbe hat demnach die Vermächtnisse ungeschmälert zu entrichten, auch wenn der Nachlaß durch sie erschöpft wird;[7] es sei denn, daß ihm der Erblasser selbst einen gewissen Theil seiner Erbportion vorbehielt. Die auf die Erhaltung und Verwaltung des Nachlasses, ingleichen auf die Regulirung des Geschäftes mit den Schuldnern und Legataren verwendeten Kosten nimmt der Beneficialerbe natürlich an erster Stelle aus der Masse. Außerdem kann er aber für Versäumnisse und Bemühungen billige Vergütung fordern, welche, falls es zu keiner Vereinbarung kommt, gerichtlich festzustellen ist.[8]

---

3) l. 73 pr. D. h. t. 35, 2. Ueber die Berechnung im Einzelnen ist hier auf den Pandektentitel und die Lehrbücher der Pandekten zu verweisen.

4) l. 73 § 5 D. h. t. Eine Ausnahme machte l. 7 D. h. t. 35, 2.

5) nov. 1 cap. 2.

6) Das Projekt des corp. juris Fridericiani p. II lib. 8 tit. 2 § 62 hat die Falcidia gleichwie die quarta Trebellianica verworfen. So auch schon die Nürnberger Reformation XXIX, 10 und das lübische sowie das hamburger Recht.

7) L. R. I, 12 § 333.

8) L. R. I, 12 § 354 ff. Die Vergütung soll nach denselben Grundsätzen geschehen, wie die des Konkursverwalters und Nachlaßpflegers, L. R. I, 12 § 356. Hier entscheidet aber das gerichtliche Ermessen, Reichskonkursordnung § 77, V. O. § 89 Abs. 3.

Ist der Nachlaß durch Vermächtnisse erschöpft und will sich der Erbe nicht mit dem Geschäft der Nachlaßregulirung befassen, so kann er verlangen, daß zu diesem Zweck auf Kosten der Masse ein Verlassenschaftspfleger bestellt werde. Ein etwaiger sich gleichwohl nachher ergebender Ueberschuß, oder auch eine zuwachsende Portion, gebührt ihm trotzdem.[9]

§ 135. Personen des Vermächtnisses.

Bei der Anordnung eines Vermächtnisses kommen in Betracht der Vermächtnißgeber, der Vermächtnißnehmer und der Vermächtnißträger:

1. Die Anordnung des Vermächtnisses muß vom Erblasser ausgehen.[1] Würde der Erbe also mit Rücksicht auf eine vom Erblasser geschehene Empfehlung[2] oder ihm sonst zu Ohren gekommene Wünsche des Erblassers etwas seinerseits aus dem Nachlaß gewähren oder versprechen, so läge hierin keine Leistung eines Vermächtnisses; wohl aber ist dann ein Vermächtniß anzunehmen, wenn der Erbe eine Verfügung des Erblassers als solche anerkannte, sollte sie auch nicht formgerecht errichtet sein.[3]

2. Vermächtnißnehmer ist, wen der Erblasser mit einem Vermögensvortheil honoriren wollte.[4] Jede erbfähige Person ist auch fähig, mit Legaten bedacht zu werden.[5]

Vermacht der Erblasser Mehreren dasselbe zusammen, so entstehen in der Regel keine Korrealobligationen, sondern Theilansprüche.[6] Die Theilung geschieht im Zweifel nach Köpfen.[7 8] Derartige Theilung tritt namentlich ein, wenn der Erblasser mehrere Legatare in einem Satz auf dasselbe Objekt zusammen beruft, sei dies eine Summe oder eine Species. Die Summe gilt dann nach der Kopfzahl, die Species nach ideellen Theilen als getheilt. Wird

---

9) L. R. I, 12 § 359. Vgl. Johow App. Ger. Bd. 6 S. 82. Diese Pflegschaft ist von der regelrechten Nachlaßkuratel der V. O. § 89 verschieden, welche voraussetzt, daß der Erbe unbekannt ist. Sie bleibt aber Nachlaßpflegschaft und ist nach Analogie von V. O. § 89 zu behandeln. Nach Hesse V. O. S. 277 dagegen stellt der Verlassenschaftskurator von L. R. I, 12 § 359 nur einen Seitens des Nachlaßgerichts zugeordneten „Officialmandatar" des Beneficialerben dar.

1) Daß die Testirfähigkeit erforderlich, ist nach heutigem Recht nicht mehr fraglich. Vgl. auch l. 2 D. de leg. I.

2) l. 11 § 2 D. de leg. III.

3) l. 16 § 1 C. de testamentis 6, 23.

4) Vgl. l. 11 §§ 20. 22 D. de leg. III, siehe oben § 132.

5) § 24 J. de leg. 2, 20.

6) Vgl. L. R. I, 12 § 368. Siehe freilich Entsch. des O. Trib. Bd. 12 S. 244.

7) Vgl. L. R. I, 12 § 370. So auch das römische Recht l. 19 § 2 D. de leg. I, l. 88 § 6 D. de leg. II.

8) Streit unter den Vermächtnißnehmern über die Höhe des Antheils eines Jeden ist unter ihnen auszumachen. Entsch. d. O. Trib. Bd. 22 S. 315. Das unter ihnen rechtskräftig in dieser Hinsicht Erkannte macht Rechtskraft für und gegen den Erben.

dasselbe Objekt in getrennten Sätzen Mehreren zugewendet, so tritt gleichfalls im Zweifel Theilung ein, wenn die Vermächtnisse nebeneinander gelten sollen. In der späteren Verfügung kann aber auch stillschweigend die Rücknahme des ersten Vermächtnisses liegen, z B. der Erblasser vermacht dem A. sein Silbergeschirr und erklärt hinterher, dem B. soll mein Silbergeschirr zugewendet sein.[9] Es kann bei derartigen Verfügungen endlich auch Annahme einer doppelten Zuwendung geboten sein, z. B. wenn der Testator sagt: A. soll 1000 Mark haben, die gleichen 1000 Mark B.[10]

Die Zuweisung eines Theiles des Legats kann eine endgültige sein, so daß sich an ihr auch bei Wegfallen des Nebenlegats nichts ändert. Der Erblasser kann aber auch eventuell Jeden der Legatare auf das Ganze berufen,[11] so daß er Theilung nur für den Fall der Konkurrenz mit dem Kollegatar will.[12] In welchem Sinne das Legat hiernach gemeint wurde, ist Auslegungsfrage. Nicht entscheidend, ob das gemeinsam zugewiesene Objekt eine Summe oder eine Species bildet. Die Absicht der Gesammtzuwendung ist namentlich dann anzunehmen, wenn derselbe Gegenstand den Mehreren in verschiedenen Sätzen zugetheilt wurde, bei s. g. re tantum conjuncti, z. B. dem A. vermache ich 1000, B. soll an diesem Legat Theil nehmen. Sie kann aber auch durch eine Berufung in einem Satz — bei re et verbis conjuncti — ausgedrückt sein, z. B. A. und B. sollen mein Grundstück haben. Die Angabe eines Theilungsverhältnisses allein weist noch nicht darauf hin, daß ein Anwachsungsrecht nicht beabsichtigt ist, da sie bloß für den Fall der Konkurrenz bestimmt sein kann.[13] Fehlt bei einer Berufung zu Theilen einer ausgeworfenen Summe in einem Satz jeder Anhalt zur Annahme einer eventuellen Gesammtberufung, so tritt kein Anwachsungsrecht ein,[14] da verbis tantum conjunctio vorliegt.[15] Der Legatar, welcher das ihm zugedachte Legat zum

---

9) l. 33, l. 34 pr. D. de leg. I.

10) Denkbar ist selbst, daß eine Species an zwei Legatare vermacht wird, non communicandi animo, sed utrique in solidum l. 20 D. de leg. III. Dann wäre dem Einen die Sache, dem Andern der Werth zu leisten. Doch sind dies seltene Fälle.

11) Vgl. oben § 130.

12) L. R. I, 12 § 368 verfügt: War ein Vermächtniß mehreren Personen zugleich und ungetheilt beschieden, so wächst der ausfallende Antheil des Einen in Ermangelung eines Substituten den übrigen Mitgenossen zu. Daß die Fassung nicht ganz zutreffend ist, ergiebt Anm. 13. Ueber Anwachsung des Mehreren zusammen vermachten Nießbrauchs vgl. oben Bd. 1 § 279 Anm. 11.

13) Fragm. Vaticana §§ 79. 80, § 8 J. de leg. 2, 20, l. 80 D. de leg. III.

14) Gemeinrechtlich ist dies freilich sehr bestritten. Jedenfalls wäre ein Anwachsungsrecht in diesem Falle etwas durchaus Positives, durch l. un. § 11 C. de caducis tollendis 6, 51 ohne eigentliche ratio juris Geschaffenes. Siehe übrigens Windscheid Bd. 3 § 644 Anm. 13.

15) So auch Präj. des O. Trib. 1235, vgl. L. R. I, 12 § 369. Siehe auch Seuffert Archiv Bd. 2 Nr. 211 und die bei Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 616 ff. angeführten

Theil angenommen hat, kann den später ihm anwachsenden Theil nicht mehr zurückweisen, da das Legat als ein einheitliches aufzufassen ist.[16] Die Lasten des anwachsenden Theiles hat er der Regel nach zu tragen.[17]

Hat der Erblasser Mehrere der Art benannt, daß er dem Erben die Wahl läßt, wer von ihnen ein Legat erhalten soll, indem er z. B. mehrere öffentliche Anstalten zu solchem Zweck bezeichnet hat, so kann, wenn der Belastete sich binnen entsprechender, den Umständen nach zu bemessender Frist nicht entschieden hat, Jeder der Benannten auf das Ganze klagen,[18] die Prävention giebt dann den Vorzug. Dies Verhältniß tritt namentlich ein, wenn der Erblasser die Fassung wählte: Diesem oder Jenem vermache ich.[19] Da die Absicht des Erblassers dahin geht, daß Einem das Ganze zukommen soll, so kann der Mitgenannte keineswegs nach Analogie anderer Korrealobligationen einen Theil des vom Kläger Beigetriebenen von diesem verlangen.

Hat der Erblasser angeordnet, daß unter Mehrere einer gewissen Klasse etwas nach Ermessen des Erben vertheilt werden soll, und trifft dieser in angemessener Frist eine Entscheidung nicht, so bleibt nichts übrig, als Jedem, welcher zu der fraglichen Klasse gehört, einen Klageanspruch auf einen entsprechenden Theil zuzugestehen.[20]

3. Ueber den Vermächtnißträger siehe das Folgende.

§ 136. Fortsetzung. Der Belastete.

1. Nicht bloß der Testamentserbe kann mit Vermächtnissen belastet werden;[1] vielmehr kann, wie bei den römischen Fideikommissen, jede letzt-

---

Erkenntnisse. Es ist klar, daß hier die Frage der Anwachsung besonders zweifelhaft wird. Aber sie fällt der Auslegung anheim. Bei Summen wird sie weniger leicht zu unterstellen sein, als bei einer Species, z. B.: ich vermache meinen Neffen mein Handelsgeschäft zu gleichen Theilen.

16) Dies folgt daraus, daß jedes Anwachsungsrecht im Grunde nur ein jus non decrescendi ist und die Annahme des bereits zugefallenen Theiles auch die Annahme des künftig anfallenden in sich schließt. Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 623.

17) Solches wird jedoch nur mit der aus L. R. I, 12 § 287 sich ergebenden Beschränkung anzunehmen sein. — Nach römischem Recht trug der Kollegatar die Lasten nicht, wenn er re conjunctus war, l. un. § 11 C. de caducis tollendis 6, 51.

18) l. 16 D. de leg. II.

19) In l. 4 C. de V. S. 6, 38 schreibt Justinian vor, das Wort „oder" sei in dergleichen Fällen für „und" zu nehmen. Vgl. oben § 129 Anm. 2. Dies entspricht dem deutschen Sprachgebrauch nicht und kann keinesfalls nach preußischem Recht zur Anwendung kommen.

20) Vgl. l. 24 D. de leg. II, l. 17 § 1 D. de leg. II, l. 21 § 1 D. de statuliberis 40, 7. Dies gilt selbst, wenn demjenigen Angehörigen der bezüglichen Klasse vermacht wird, welcher des Legates nach dem Urtheil des Beschwerten würdig ist, vgl. l. 77 § 25 D. de leg. II.

1) Legate, die einzige Art der Vermächtnisse des älteren römischen Rechtes — oben § 132 Ziff. 7 — konnten nur Testamentserben aufgelegt werden, vgl. Gaj. Inst. II § 271.

willige Bedenkung mit der Last des Vermächtnisses verknüpft, und Jeder belastet werden, welchem der Erblasser einen von dem Eintritte seines Todes abhängigen Vortheil willkürlich entziehen könnte.[2]

Demnach ist der Erblasser befugt, die Testamentserben sowohl bei Errichtung des Testaments wie auch nachher zu belasten, nicht weniger jeder Zeit seine Intestaterben;[3] dem Vertragserben dagegen kann er unbeschränkt[3a] nur im Erbvertrag Vermächtnisse auflegen. Des Weiteren können belastet werden Erbeserben,[4] ferner der Fiskus und andere Personen, welche eine vakante Erbschaft an Erbesstatt erlangen,[5] endlich Vermächtnißnehmer und selbst solche Geschenknehmer, welche willkürlichem Widerruf unterliegen,[6] wie auch diejenigen, welchen etwas condicionis implendae causa zukommt.[7] Wer aber in Folge der letztwilligen Anordnungen des Erblassers nur den ihm gebührenden Pflichttheil erhält, kann nicht gültigerweise belastet werden, weil er der Freigebigkeit des Erblassers nichts verdankt.[8]

2. In diesen Grundsätzen stimmt das preußische Recht mit dem jüngsten römischen. In anderer Hinsicht bestehen erhebliche Verschiedenheiten.

a) Nach früherem römischem Recht war das Vermächtniß schlechthin an die Person des durch das Testament Beschwerten geknüpft; in Folge dessen erlosch es, wenn dieser das ihm Zugedachte nicht erwarb. Allmälig erkannte man zwar an, daß der an die Stelle des letztwillig Belasteten tretende Substitut, sowie der Akkrescenzerbe die dem Wegfallenden aufgelegten Lasten zu tragen habe, da der Erblasser mit den Vermächtnissen, welche er dem zunächst bedachten Erben auflegte, der Vermuthung nach auch denjenigen habe beschweren wollen, welcher in seine Stelle rückte.[9] Wenn aber an Stelle

---

2) l. 1 § 6 D. de leg. III: vel dum eis datur vel dum eis non adimitur. Vgl. z. B. l. 11 D. de leg. I und dazu Vangerow Bd. 2 § 521 Anm. 1.

3) l. 8 § 1 D. de jure codicillorum 29, 7.

3a) Doch vgl. unten § 177 bei Anm. 11.

4) l. 5 § 1 D. de leg. III.

5) l. 114 § 2 D. de leg. I.

6) l. 37 § 4 D. de leg. III. Nach L. R. I, 12 § 293 steht der Legatar zum Unterlegatar im Verhältniß eines Erben. Er ist ihm daher zur ungeschmälerten Leistung verpflichtet, wenn er sein Legat annahm und kein Inventar errichtete, selbst wenn das Nachvermächtniß mehr beträgt als die Zuwendung.

7) l. 96 § 4 D. de leg. I.

8) l. 2, l. 36 D. de leg. III.

9) l. 74 D. de leg. I. Severus und Caracalla reskribirten: videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerunt relicta. Dies wendete man auf den Akkrescenzerben an l. 61 § 1 D. de leg. II, ebenso hatte der Erbe die Nachvermächtnisse zu tragen, welche dem wegfallenden Legatar aufgelegt waren, l. 29 pr. D. de leg. II. Dagegen nahmen die Römer eine derartige Repetition ohne besondere Bestimmung nicht an, wenn das Testament des Erblassers destitut wurde und die gesetzlichen Erben einrückten, oder wenn das Vermächtniß dem nächsten gesetzlichen Erben aufgelegt war und ein Entfernterer Erbe wurde, l. 1 § 9 D. de leg. III. Daß

der belasteten Testamentserben die gesetzlichen Erben traten, galten sie nur als belastet, wenn eine Kodicillarklausel zugefügt war.

Nach preußischem Rechte hingegen gilt in der Regel Jeder mit dem Vermächtniß beschwert, welcher letztwillig den mit dem Vermächtniß belasteten Vermögensvortheil gewinnt. Daher tragen namentlich die gesetzlichen Erben die dem wegfallenden Testamentserben oder einem bestimmten an sich näheren Intestaterben aufgelegten Lasten.[10] Nicht minder sind die einem Legatar aufgelegten Lasten von dem Erben zu berichtigen, wenn bei Letzterem das Legat bleibt.[11] Tritt kein Erbe an, so hat der Nachlaßpfleger die der Erbschaft aufgelegten Vermächtnisse aus dem belasteten Vermögen zu entrichten.

Dies Alles ist aber nur das Gewöhnliche, denn zweifelsohne kann der Erblasser eine bestimmte Person ausschließlich mit einem Vermächtnisse beschweren, was namentlich bei höchstpersönlichen Leistungen der Fall ist.[12]

b) Wenn der Erblasser den Belasteten nicht besonders bezeichnete oder seine Erben nur als solche beschwerte, so galten nach römischem Recht in der Regel die Erben getheilt, und zwar nach der Höhe ihrer Erbtheile als belastet.

Nach preußischem Recht hingegen gelten die Vermächtnisse in der Regel als eine auf der Erbschaft ruhende Last, welche von sämmtlichen Erben gemeinschaftlich zu berichtigen ist.[13] Der Legatar hat hiernach dem Nachlasse gegenüber eine den Erbschaftsgläubigern ähnliche Stellung; unter sich haben die Erben im Verhältnisse ihrer Erbtheile zum Vermächtniß beizutragen.

Natürlich kann der Erblasser andere Anordnungen treffen, insbesondere die Entrichtung der Vermächtnisse Einzelnen auftragen oder auch die Erben nach Theilen belasten. Bloß in der Anführung der belasteten Erben mit deren Namen ist aber eine von der gesetzlichen Regel abweichende Bestimmung nicht zu finden.[14] Wird der Gegenstand eines Vermächtnisses an erster

---

der Fiskus, welcher die vakante Erbschaft erhielt, die Legate berichtigte, war besondere Gnadensache, l. 96 § 1 D. de leg. I. Aeltere gemeinrechtliche Juristen unterstellten die Kodicillarklausel freilich ohne Weiteres, so daß der gesetzliche Erbe die den Testamentserben aufgelegten Vermächtnisse zu tragen hatte.

10) L. R. I, 12 § 279.

11) Ist das Legat bedingt oder einer künftigen Person vermacht, und dem Legatar ein Nachvermächtniß aufgelegt, so kann es der Absicht des Erblassers entsprechen, daß der Erbe, welchem in der Schwebezeit das Vermachte bleibt, das Unterlegat zu entrichten hat, Striethorst Archiv Bd. 19 S. 219.

12) L. R. I, 12 § 280. Der Erblasser kann auch mehrere Personen alternativ belasten. Es besteht dann eine Art Korrealschuld.

13) L. R. II, 12 § 289 spricht dies übrigens nur für Vermächtnisse aus, „die nach baarem Gelde zu bestimmen sind."

14) Gemeinrechtlich ist dies streitig. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 103 Anm. 14.

Stelle einem der Erben oder einem Legatar zugewiesen, so liegt im Zweifel die Last demjenigen allein ob, welcher jenen Gegenstand vom Erblasser erhielt.[15] Sind mehrere Personen alternativ belastet, so kann der Legatar nach seiner Wahl von Jedem der solchergestalt Belasteten Leistung des Legats fordern.[16]

§ 137. Das Vorvermächtniß.

1. Dem Erblasser steht es frei, seinen Erben Vermächtnisse zuzuwenden. Dies ist der Fall, wenn einem Erben etwas *außer seinem Erbtheile* als *Voraus* zugewendet wird. Etwas Anderes ist die im letzten Willen häufig vorkommende Zutheilung bestimmter Gegenstände *auf den Erbtheil*. Darin liegt nur eine Vorschrift über die *Weise der Theilung* des Nachlasses unter die Erben, also keine selbständige Zuwendung, kein Vermächtniß. Diese Anordnung verwirklicht sich daher nur, wenn derjenige, zu dessen Gunsten sie ist, Erbe wird, und soweit etwas nach den Konferenden und den Vermächtnissen für ihn bleibt.[1] Ob eine Zuwendung *auf den Erbtheil*, oder ob ein *Vorvermächtniß vorliegt*, ist Absichtsfrage.[2]

2. Ein Vorvermächtniß kann einem Erben oder auch einem Vermächtnißnehmer aufgelegt sein. Es unterscheidet sich dann nicht von gewöhnlichen Vermächtnissen.

3. Besondere Behandlung erfuhr nach römischem Rechte das Prälegat, welches zu Lasten der *Gesammterben*, also auch *zu eigenen Lasten des Prälegatars* hinterlassen wurde.[3] Da nach römischem Rechte die Erben nach Erbtheilen als belastet galten, so war der Prälegatar bezüglich des auf seiner eigenen Erbportion lastenden Antheils des Prälegats zugleich honorirt und belastet. Daher war die von ihm selbst zu leistende Quote des Legats,

---

15) L. R. I, 12 §§ 544. 545.

16) Koch Erbrecht S. 1094, vgl. l. 8 § 1 D. de leg. I.

1) Vgl. unten § 163 Ziff. 3. Schon das römische Recht kannte solche Verfügungen l. 21 C. fam. erc. 3, 36: cogitatione futurae successionis officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater declaravit, vgl. auch l. 21 § 5 D. de annuis legatis 33, 1. Neuner heres ex re certa S. 170. 174 behauptet, derartige Zuwendungen würden juristisch als Vermächtnisse verwirklicht; so auch Schultzenstein Beiträge zur Lehre vom Pflichttheil S. 125, S. 259. Eccius Bd. 4 § 252 Anm. 26. Dies ist nicht als richtig anzusehen. Der Erbe bekommt die bezüglichen Zuwendungen nicht titulo singulari, sondern jure hereditario, also in Anrechnung auf sein Erbtheil. Er erhält sie nicht *außer* seinem Erbtheil, er bekommt diese vielmehr in einer bestimmten Form und zwar erst durch die Erbtheilung. Die Unterscheidung erkennt ausdrücklich an L. R. I, 17 § 99 ff.

2) Unger östr. Erbr. § 55 Anm. 11 nimmt an, daß im Zweifel das einem Erben zugedachte Vermächtniß als ein Vorvermächtniß, nicht als ein, von Unger sogenanntes, Hineinvermächtniß anzusehen sei. Hierfür läßt sich L. R. I, 17 § 101 anführen.

3) Hierüber handelt u. A. Buchholtz die Lehre von den Prälegaten 1850, Arndts Fortsetzung von Glücks Pandekten Bd. 47 S. 1 ff., Bernstein zur Lehre vom römischen Voraus in der Savignyzeitschrift rom. Abth. Bd. 15 S. 127.

falls er Erbe wurde, ungültig hinterlassen, er behielt sie jure hereditario, nicht jure legati.[4] Hieraus wurden wichtige Folgerungen gezogen, die freilich als subtil erscheinen. Insbesondere wuchs, wenn neben dem Prälegatar Kollegatare zur vermachten Sache berufen waren, dasjenige was solchergestalt der Prälegatar nicht von sich als Legat erwerben konnte, den Kollegataren an;[5] so daß diese um so viel mehr erhielten, als der Prälegatar, vorausgesetzt, daß derselbe die Erbschaft antrat. Waren ferner Miterben zu ungleichen Theilen als Erben eingesetzt und zugleich als Kollegatare eines Prälegats berufen, so wuchs, sofern sie die Erbschaft antraten, die Legatportion, welche einem Jeden von sich selbst ungültig hinterlassen war, den Kollegataren an, wovon sich als Folge ergab, daß, je größer der Erbtheil des Prälegatars war, desto kleiner sich sein Antheil an der vermachten Sache herausstellte, und umgekehrt.[6]

Nach preußischem Rechte hat der Miterbe, welchem der Erblasser etwas im voraus beschieden hat, die doppelte Eigenschaft eines Erben und eines Vermächtnißnehmers.[7] Als Letzterer hat er Anspruch auf Tilgung des Legats aus dem Nachlasse, als Erbe gehört er zu den Mitbelasteten, falls er der Erbschaft nicht entsagt hat. Da er in anderer Eigenschaft verhaftet als berechtigt ist, so tritt keine Konfusion im Betrage seines Erbtheils ein, wie dies nach römischem Recht der Fall war. Der Prälegatar ist hiernach befugt, die Legatsklage auf das Ganze gegen seine Miterben zu richten.[8] Aus seiner Betheiligung an der Erbschaft kann ihm ein Einwand nicht entgegengesetzt werden,[9] wie er auch diejenigen Miterben nicht mitverklagen muß, welche sein Recht anerkennen und dessen Erfüllung zustimmen. Natürlich kann das Vorvermächtniß auch bei der Erbtheilung geltend gemacht werden.

4. Das Voraus ist im Zweifel keineswegs eine bloße Zugabe zum Erbtheil, vielmehr eine selbständige Bedenkung.[10] Bedingungen, an

4) Vgl. l. 18 § 3 D. ad S. C. Trebell. 36, 1, auch l. 74 D. ad leg. Falc. 35, 2.

5) l. 34 § 11, l. 115 § 1 D. de leg. I.

6) l. 34 § 12 D. de leg. I.

7) L. R. I, 12 § 262.

8) Vgl. L. R. I, 12 § 289. L. R. I, 17 § 127. Der Prälegatar kann Erfüllung des Prälegats über den Nachlaßbetrag hinaus ultra vires hereditarias auch dann nicht beanspruchen, wenn die Beklagten das Inventar nicht rechtzeitig errichteten. Dies jedenfalls nicht, wenn er auch seinerseits Miterbe wurde; denn die Versäumniß der Inventarerrichtung liegt ihm dann so gut zur Last, wie den Beklagten. Striethorst Archiv Bd. 95 S. 299.

9) Bei Ulrich Archiv Bd. 15 S. 659 war die Legatsklage des Prälegatars vom ersten Richter abgewiesen worden, weil sie gegen sämmtliche Erben, also auch gegen den Prälegatar selbst gerichtet werden müsse, da dieser sich aber nicht selbst verklagen könne, bleibe nur die Erbtheilungsklage übrig. Hiergegen mit Recht der Appellationsrichter a. a. O.

10) Folgerungen enthält L. R. I, 12 §§ 271. 273. Vorvermächtniß ist auch das bei einer Einkindschaft vereinbarte Voraus, oben § 66 letzter Abs.

welche die Berufung zur Erbschaft geknüpft ist, gelten daher nicht ohne weiteres als auch dem Voraus zugefügt,[11] etwaige Ungültigkeit der Erbeseinsetzung erstreckt sich an sich nicht auf das Voraus; entsagt der Prälegatar der Erbschaft, so steht ihm gleichwohl zu, das Voraus zu behalten, wenn nicht eine andere Absicht des Erblassers erhellt.[12] Auch behält er das Voraus, wenn ihm die Herausgabe seines Erbtheils an einen fideikommissarischen Substituten aufgegeben ist. Folgerecht theilt sich auch das mehreren Miterben zugewendete Voraus im Zweifel nicht nach Erbtheilen, sondern nach Kopftheilen.[13]

5. Ein Voraus kann nur einem Miterben, nicht dem Alleinerben zugewendet werden. Natürlich ist aber möglich, den Alleinerben für den Fall, daß die Erbschaft einem fideikommissarischen Substituten zufällt, mit einem Vermächtniß zu bedenken.

§ 138. Gegenstand des Vermächtnisses.

1. Da jeder Vermögensvortheil Gegenstand des Vermächtnisses sein kann, so ist der Kreis vermächtnißweiser Zuwendungen ein weiter.[1]

Das Vermächtniß kann unmittelbare Vergabungen aus dem Nachlasse zum Gegenstande haben oder bloße Verpflichtungen des Belasteten zu einer Leistung. Ob das Eine oder das Andere der Fall sein sollte, trat im alten römischen Legatenrechte plastisch durch die Wahl der Formel des legatum per vindicationem oder per damnationem hervor, im heutigen Rechte ergiebt es sich aus dem Inhalte der Anordnung.[2]

2. Eine unmittelbare Zuwendung liegt regelmäßig in dem Vermächtnisse von individuell bezeichneten körperlichen Sachen, welche dem Erblasser zur Zeit seines Todes eigen sind. Es kommt nichts darauf an, ob sie dem Erblasser zur Zeit der Errichtung des Vermächtnisses gehörten, oder ob er sie damals erst anschaffen wollte, oder sonst deren Erwerb in Aussicht nahm.[3]

---

11) In der l. 18 § 1 D. de her. inst. 28, 5, l. 77 pr. D. de cond. 35, 1 war nach der besonderen Lage des Falles die Wiederholung der Bedingung zu unterstellen.

12) l. 17 § 2, l. 18, l. 87, l. 91 § 2 D. de leg. I, andererseits l. 88 D. de leg. I, l. 92 pr. D. de leg. III.

13) l. 67 § 1 D. de leg. I. l. 2 pr. D. de instr. leg. 33, 7.

1) Ueber verkehrsunfähige Sachen siehe unten § 142 Anm. 1. Gültig ist unter Anderem das Vermächtniß einer dem Erblasser oder auch dem Erben von Dritten anfallenden Erbschaft. Es werden dann die Grundsätze des Erbschaftskaufes entsprechend anzuwenden sein.

2) So schon nach justinianischem Recht in Gemäßheit der l. 1 C. communia de leg. 6, 43. Ueber das ältere Recht siehe Gaj. Inst. II, §§ 193, 201.

3) Gültig ist das Vermächtniß si quis rem suam quasi alienam legaverit, nam plus valet quod in veritate est, quam quod in opinione, § 11 J. de legatis 2, 20. Das Eigenthum geht dann unmittelbar mit dem Tode des Erblassers auf den Legatar über.

Auch Sachen, die erst nach seinem Tode entstehen werden, kann der Erblasser gültig vermachen.[4] Handelt es sich dabei um eine aus Nachlaßsachen erwachsende Sache — z. B. der Erblasser vermacht die Ernte, welche ein Nachlaßgrundstück im Jahre nach seinem Tode ertragen wird — so wird der Vermächtnißnehmer mit deren Entstehen unmittelbar Eigenthümer.

3. Der Erblasser kann an den Nachlaßsachen dingliche Rechte unmittelbar ins Leben rufen, soweit deren Entstehung nicht, wie bei Hypotheken und Grundschulden, an die Eintragung gebunden ist. Sehr häufig ist das Vermächtniß des Gebrauches oder des Nießbrauches.[5] Dasselbe beginnt mit Ablauf der gesetzmäßigen Ueberlegungsfrist[6] und gilt im Zweifel als auf Lebenslang zugewendet. Derjenige, welchem die Substanz jener Sachen als Erben oder vermöge eines anderen Vermächtnisses zufällt, hat auf den Mitgebrauch oder Mitgenuß nur Anspruch, wenn ihm solcher besonders vom Erblasser zugewendet ist.[7] Der einer juristischen Person ohne Zeitbestimmung zugewendete Gebrauch oder Genuß gilt nur als auf 50 Jahre vermacht.[8] Auch der Nießbrauch am gesammten Nachlasse bildet ein Vermächtniß, keinen Erbtheil.[9] Mit dem Nießbrauche

4) L. R. I, 12 § 373, vgl. l. 17 pr. D. de leg. III, l. 24 pr. D. leg. I.

5) L. R. I, 12 § 421 ff. Zur Rechtswirkung gegenüber Dritten ist die Eintragung erfordert, Gesetz über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 § 12.

6) L. R. I, 12 § 303 ff. In Rom begann das Recht erst mit dem Erbschaftsantritt.

7) L. R. I, 12 § 421. Nach römischem Recht trat Gemeinschaft des Ususfrukts ein, wenn der Erblasser dem Einen die Proprietät einer Sache, dem Anderen den Ususfrukt vermacht hatte, selbst wenn der Erblasser eine andere Absicht hatte, da er hätte bestimmen müssen Titio fundum detracto usufructu do lego, Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato l. 19 D. de usu et usufructu 33, 2. Viele gemeinrechtliche Schriftsteller haben sich mit Recht gegen die Geltung dieses Satzes im gemeinen Recht erklärt, vgl. die bei Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 47 Angeführten.

8) L. R. I, 12 § 423. Vgl. oben Bd. 1 § 280 Ziff. 2.

9) Anderer Ansicht sind angesehene Schriftsteller des preußischen Rechtes. „So namentlich Koch Erbrecht S. 432 und Förster Bd. 4 § 252 Anm. 83. Letzterer behauptet, in einem Nießbrauche am ganzen Nachlasse liege nicht Zuwendung eines bestimmten Quantum, sondern Quotentheilung des Nachlasses, so daß der Nießbraucher der Miterbe des Substanzerben sei, daß unter ihnen das Zuwachsrecht eintrete, von beiden der gesetzliche Erbe ausgeschlossen werde und den Gläubigern Beide als Erben verhaftet seien. Diese Behauptungen sind irrig. Erbe ist nur, wem das Gesammtvermögen oder ein Bruchtheil des Gesammtvermögens zugewiesen wird. Wer den Nießbrauch am Nachlasse hat, ist weder der Herr der Erbschaft, noch eines Bruchtheiles derselben, denn ein Bruch ergiebt sich durch Zähler und Nenner, und derjenige, welcher gewisse Rechte an einem Gegenstande hat, hat um deswillen keinen Bruchtheil desselben. Wer mit dem Nießbrauch des Nachlasses bedacht ist, kann daher, wenn der Testamentserbe wegfällt, kein Zuwachsrecht in Anspruch nehmen, ihm ist eine beschränkte Berechtigung an fremder Sache zugetheilt, welche zum Eigenthumsrecht nicht erwachsen kann. Der Nießbraucher ist ferner an die Ueberlegungsfrist des Erben nicht gebunden, er haftet nie mit dem eigenen Vermögen den Erbschaftsgläubigern, auch wenn ein Inventar nicht errichtet sein sollte. Vgl. auch Eccius Bd. 4 § 252 Anm. 79 und R. G. Bd. 10 S. 266 bis 268.

wird nicht selten, namentlich wenn derselbe dem Ehegatten hinterlassen wird, die Befugniß verbunden, mit dem Vermögen schalten und walten zu dürfen. Diese Befugniß begreift das Recht, die Substanz zu vermindern und zu verzehren, im Zweifel nicht in sich.[10 11]

4. Nur obligatorisch verpflichtet wird der Vermächtnißträger bei Summenschulden, ferner wenn ihm Handlungen aufgelegt werden, z. B. die Verpflichtung, Jemanden zu erziehen oder zu erhalten, oder ihm ein Darlehen zu geringen Zinsen zu geben.[12]

5. Eine bloß obligatorische Verpflichtung des Belasteten entsteht auch, wenn Sachen vermacht werden, welche dem Belasteten gehören. Ein derartiges Vermächtniß ist gültig, ohne Unterschied ob der Erblasser die vermachte Sache für die eigene gehalten hat oder nicht.[13]

6. Auch das Vermächtniß der Sache eines Dritten kann nur einen persönlichen Anspruch erzeugen. Ein solches Vermächtniß setzt, wie nach römischem Recht, zu seiner Gültigkeit voraus, daß der Erblasser wußte, daß die Sache eine fremde sei. Es beruht dies auf der Erfahrung, daß die Erblasser nicht leicht fremde Sachen vermachen, da sie hierdurch ihre Erben mit dem Ankaufe derselben belasten.[14]

Die römischen Juristen erkannten das Vermächtniß einer fremden Sache auch als gültig an, wenn wegen des nahen Verhältnisses des Legatars zum

10) Das gedachte Verfügungsrecht bildet ein eigenthümliches dingliches Recht an fremder Sache. Damit auf Grund desselben eine Auflassung vollzogen wird, bedarf es einer Eintragung des Rechts, welche nur mit Bewilligung des Erben zu vollziehen ist. Andere Ansicht bei Johow App. Ger. Bd. 4 S. 95

11) Anhang § 168 zu L. R. II, 18 § 689, Striethorst Archiv Bd. 48 S. 4. Wird Jemandem Nießbrauch mit der Befugniß vermacht die Substanz zu verzehren, so ist er Erbe, belastet mit einem fideicommissum ejus, quod superfuturum erit, unten § 160 Anm. 4 und 6. Vgl. auch R. G. Bd. 10 S. 268.

12) l. 11 § 15 D. de leg. III.

13) L. R. I, 12 § 375. l. 25 C. de fideicommissis 6, 42. Gehört die Sache einem der Miterben und ist ihm das Vermächtniß nicht ausdrücklich allein aufgelegt, so muß ihm der gemeine Werth der Sache aus der Erbschaftsmasse ersetzt werden, § 376 a. a. O., vgl. l. 86 § 3 D. de leg. I. — Gemeinrechtlich ist übrigens bestritten, ob im Falle des Vermächtnisses einer Sache des Erben Eigenthum unmittelbar auf den Legatar übergeht, die richtige und herrschende Ansicht hat sich für die Verneinung entschieden. Nach preußischem Recht ist diese Ansicht gleichfalls die richtige. Es bedarf also der Auflassung an den Legatar, wenn ihm der Erblasser ein Grundstück vermacht, welches dem Erben gehört.

14) L. R. I, 12 §§ 377, 383, 384, vgl. l. 67 § 8 D. de leg. II. Nach § 384 ist das Vermächtniß ohne Wirkung, wenn der Erblasser die Sache, „die eine fremde war," als seine eigene vermachte. Nach § 383 wird in zweifelhaften Fällen nicht vermuthet, daß der Testator eine fremde Sache habe vermachen wollen. Der Zweifel ist vorzugsweise ausgeschlossen, wenn der Erblasser die Sache „ausdrücklich als fremde" vermachte — § 377 — er kann aber auch in anderer Weise entfernt werden, indem nachgewiesen wird, daß der Erblasser sein Nichteigenthum an der Sache gekannt habe.

Erblasser anzunehmen war, daß dieser ein Vermächtniß auch dann angeordnet hätte, wenn er wußte, daß die vermachte Sache eine fremde sei.[15] Diesen Satz hat das preußische Recht nicht aufgenommen.

Die Verpflichtung des Belasteten beim Vermächtniß einer fremden Sache geht zunächst dahin, dieselbe für den Legatar anzuschaffen; will der Eigenthümer die Sache nicht oder nur zu unverhältnißmäßigen Bedingungen überlassen, so ist dem Legatar Wertherſatz zu leisten. Nach römischem Rechte genügte Ersatz des Sachwerthes,[16] das preußische Recht fordert Erstattung des außerordentlichen Werthes.[17] Hatte der Legatar die Sache vor oder nach dem Tode des Erblassers durch lästigen Vertrag bereits an sich gebracht, so ist ihm das Ausgelegte zu ersetzen, natürlich nur soweit er nicht unverhältnißmäßige Preise bewilligt hat.

Kam dem Erblasser ein gewisses Recht oder ein Anspruch auf die fremde Sache zu oder hatte er wenigstens den Besitz derselben, so ist dem Vermächtnißnehmer zu leisten, was dem Erblasser bezüglich derselben zustand.[18]

Nicht als Legat einer fremden Sache, sondern als Forderungsvermächtniß ist hiernach in der Regel das Vermächtniß einer Sache anzusehen, auf die dem Erblasser ein Forderungsrecht zusteht, z. B. er vermacht ein von ihm erkauftes Grundstück, welches ihm noch nicht aufgelassen ist.[19]

Den Grundsätzen über die Ungültigkeit des Vermächtnisses einer fremden Sache entspricht es, daß der Erbe dem Legatar in der Regel nicht für Entwährung einer Sache haftet, welche der Erblasser als die seine vermachte, die aber später ein Dritter entwährt. Auch für Mängel der vermachten Sache hat der Erbe in der Regel nicht einzustehen. Etwaige Arglist des Erblassers

15) l. 10 C. de leg. 6, 37.

16) l. 14 § 2 D. de leg. III.

17) L. R. I, 12 § 378.

18) L. R. I, 12 § 385. Durchaus gerechtfertigt ist der Rechtssatz, welchen das O. Trib. Entsch. Bd. 17 S. 202 dahin ausspricht: Das Legat einer Sache, welche der Erblasser als seine eigene besessen und hinterlassen hat, kann von dessen Erben nicht aus dem Grunde als wirkungslos angefochten werden, weil der Testator nicht Eigenthümer sei. Hiergegen hat sich freilich Koch Erbrecht § 19 n. I, 1 unter c, S. 205 erklärt, nachdem er im Kommentar sich der Ansicht des Obertribunals angeschlossen hatte, und die Herausgeber des Kommentars in der sechsten Ausgabe zu L. R. I, 12 § 384 Anm. 15 stimmen dem bei. Allein wenn sich Suarez auch in der revisio monitorum dahin ausspricht: „hat der Testator rem alienam tamquam suam vermacht, so ist es null", Bornemann Bd. 6 S. 88, so hat dies auf die vorliegende Frage keinen Bezug. Nichtig ist das Legat einer fremden Sache, soweit es dem Erben die Pflicht der Anschaffung einer fremden Sache auflegen würde, wenn dies der Erblasser nicht ausdrücklich als seinen Willen erklärte, nur soweit geht der Grund der Norm und deren Tragweite; gültig ist es aber, soweit es sich nur um Leistung aus dem Nachlasse handelt. So auch R. G. Bd. 4 S. 261.

19) l. 39 § 3, l. 76 D. de leg. I.

bei solchen Zuwendungen müßte indessen der Erbe, und zwar als Nachlaßschuld vertreten. Auch kann der Erblasser dem Vermächtnißträger gültigerweise durch besondere Bestimmung die Gewährschaftsleistung auflegen.

§ 139. Umfang des Vermächtnisses.

1. Der Erblasser wird dem Legatar in der Regel die vermachte Sache in dem Umfange und dem Zustande zudenken, in welchem sie sich zur Zeit seines Todes befindet.[1] Die Zeit der Errichtung seiner letztwilligen Verfügung ist in dieser Hinsicht regelmäßig nicht entscheidend.

2. Zufällige Erweiterungen des vermachten Grundstückes vermehren das Legat nicht bloß, wenn sie bei Lebzeiten des Erblassers, sondern auch wenn sie nach dessen Tode hinzutraten.[2] Auf selbständige Erwerbungen, z. B. einen Schatz, eine Insel im Flusse, welche dem Erblasser noch in Folge seines Grundeigenthums zukommen, ist dies jedoch nicht zu erstrecken.[3] Hat der Erblasser dem vermachten Grundstücke andere Grundstücke nach der Errichtung des Vermächtnisses zugeschlagen, dieselben insbesondere, was aber nicht schlechthin nothwendig ist, im Grundbuche zuschreiben lassen, so gelten sie als mitvermacht,[4] andererseits ist das, was er abtrennte, dem Legatar entzogen.[5] Gebäude, welche der Erblasser auf der vermachten Grundfläche errichtete, gehören gleichfalls in der Regel dem Legatar.[6] [7]

3. Auf den Legatar gehen gewöhnlich die gesetzlichen Zubehörstücke über, und zwar in der Regel die zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen.[8] Zum Ersatz der abgängig gewordenen vom Belasteten angeschaffte Stücke treten an die Stelle der ursprünglich vorhandenen.

---

1) Hiervon geht L. R. I, 12 § 305 aus. Die Zeit des Erwerbs, welcher bei bedingten Vermächtnissen oft erst später eintritt, ist grundsätzlich nicht maßgebend, vgl. Mommsen Erbrecht S. 395.

2) L. R. I, 12 § 305.

3) l. 16 D. de leg. III spricht bezüglich der Flußinsel den entgegengesetzten Satz aus.

4) Entsch. des O. Trib. Bd. 19 S. 168, vgl. l. 10 D. de leg. II: si modo testator eam partem non separatim possedit, sed universitati prioris fundi adjunxit, l. 24 § 2 D. de leg. I.

5) l. 24 § 3 D. de leg. I.

6) l. 39 D. de leg. II.

7) Hat der Erblasser Objekte vom Legate ausgenommen, z. B. seine Weinberge, so bestimmt der Stand zur Zeit des Todes den Umfang der Ausnahme, vgl. l. 72 D. de leg. I.

8) L. R. I, 12 § 405, l. 28 D. quando dies legat. 36, 2. Speciell bestimmt L. R. I, 12 § 407, daß zu vermachten flüssigen Sachen im Zweifel auch die Gefäße gehören, in welchen sie versührt oder verkauft zu werden pflegen, vgl. l. 4 pr. D. de penu leg. 33, 9. l. 3 § 1 D. de tritico legato 33, 6. Der Legatar, welchem die Haupt-

4. Das jüngste römische Recht gab dem Legatar in Ermangelung anderer Bestimmung des Erblassers nur einen Anspruch auf die Früchte, welche der Belastete nach dem Verzuge oder dem Prozeßbeginn zog oder hätte ziehen müssen.[9]

Nach preußischem Rechte hat der Belastete die Pflicht, die vermachte Sache für den Legatar zu verwahren und zu verwalten; er hat diesem folgerecht die Früchte und Nutzungen sämmtlich herauszugeben, welche er nach dem Tode des Erblassers gewann, wie auch die durch grobes Versehen versäumten.[10][11] Es entscheidet aber nach den allgemeinen Grundsätzen des preußischen Rechts nicht der zufällige Zeitpunkt der Aneignung der Frucht,[12] vielmehr sind die Einkünfte des Fruchtjahres, in welches der Tod des Erblassers fällt, verhältnißmäßig zu vertheilen. War das Legat betagt oder bedingt, so beginnt der Anspruch des Legatars auf die Früchte mit Herankommen des Termins oder Eintreten der Bedingung; es ergiebt sich erst hierdurch das Fruchtjahr, dessen Ertrag zu vertheilen ist.

5. Sind bestimmte Geldsummen vermacht, so sind sie nach preußischem Recht nicht erst vom Verzuge des Belasteten, sondern von Ablauf der Ueberlegungsfrist an zu verzinsen.[13] Ist der Erbe unbekannt, so tritt die Pflicht jedenfalls nach Bestellung des Nachlaßpflegers ein.[14] Bei betagten Legaten beginnt die Verzinsung mit dem Herankommen des Termins, bei bedingten mit der Anzeige der Erfüllung der Bedingung an den Erben.[15]

---

sache vermacht ist, geht in Ansehung der gesetzlichen Zubehörstücke denen vor, welchen die Gattung von Nachlaßsachen vermacht ist, zu welcher jene Zubehörstücke an sich gehören, L. R. I, 12 § 406.

9) Dernburg Pand. Bd. 3 § 109 Ziff. 1ᵃ.

10) Schon das Projekt des corp. jur. Fridericiani p. II lib. 8 tit. 1 § 44 bestimmte: Ferner muß der Erbe dem Legatario alle Früchte und Nutzungen prästiren, welche er aus dem Legato nach dem Absterben des Testatoris gehoben und genossen hat, folglich ist der Erbe auch schuldig, die Zinsen des legirten Capitals von der Zeit an zu bezahlen, weil sonst der Erbe sich ex re aliena bereichern würde.

11) L. R. I, 12 § 306 ff. Entsch. des O. Trib. Bd. 70 S. 373, Bd. 83 S. 18, Eccius Bd. 4 § 276 Anm. 24.

12) So nach römischem Rechte l. 42 D. de usuris 22, 1.

13) L. R. I, 12 § 328, Striethorst Archiv Bd. 90 S. 231. Zu weiterer Einschärfung fährt § 329 des Titels fort, daß sich der Erbe von diesem Zinsenlaufe nur durch gerichtliche Hinterlegung der vermachten Summe, soweit sie gesetzlich zulässig ist, befreien kann.

14) Eine ausdrückliche Bestimmung fehlt im Landrechte. Wir erachten den Satz als durch die Natur des Verhältnisses gerechtfertigt.

15) Striethorst Archiv Bd. 76 S. 183, Entsch. des O. Trib. Bd. 83 S. 18 ff. Anders faßt die Sache Koch zu L. R. I, 12 § 330 Anm. 78.

§ 140. Lasten der vermachten Sache.

1. Auf den Legatar geht die ihm vermachte Sache in dem Rechtszustande zur Zeit des Todes des Erblassers über. Er hat wegen der Lasten derselben keinen Anspruch, es sei denn, daß der Testator ein Anderes ausdrücklich verordnete.[1] Dies gilt insbesondere auch für Nießbrauch und Pfandbelastung, ohne Unterschied, ob der Erblasser deren Vorhandensein kannte, in welchem Falle der Legatar nach römischem Rechte Befreiung von solchen Lasten zu fordern berechtigt war, oder ob er sie nicht kannte.[2] Auch Ansprüche, welche der Belastete bei Lebzeiten des Erblassers an der Sache hatte, bleiben unberührt.

Hat also der Legatar die ihm vermachte Sache von der zur Zeit des Todes des Erblassers auf ihr lastenden Pfandhaftung befreit oder unterlag er in Folge derselben der Vollstreckung in das Pfand, so kann er gegen den Erben keinen Rückgriff nehmen.[3] Der Erbe seinerseits kann fordern, daß er von seiner persönlichen Verhaftung für die pfandrechtlich versicherte Forderung, jedoch höchstens bis zum Werthe der Pfandsache, befreit werde.[4] War aber die vermachte Sache mit anderen gesammthaftend verpfändet, so ist der Legatar nur schuldig, einen Theil des Pfandschillings nach Verhältniß des Werthes der Sachen an den Erben zu bezahlen, wogegen diesem obliegt, die vermachte Sache von der Pfandhaftung zu befreien.[5] Eine grundsätzlich verschiedene Behandlung hat jedoch nach unserer Ansicht bei der Kautionshypothek einzutreten. Hier ist das Pfandrecht ein bloßes Zubehör der versicherten Forderung, daher liegt es den

---

1) L. R. I, 12 § 325 ff. Vgl. übrigens Bolze R. G. Bd. 1 Nr. 1336.

2) Nach römischem Rechte mußte der Legatar die auf dem vermachten Grundstücke ruhenden Grundgerechtigkeiten mitübernehmen, wenn der Erblasser dasselbe nicht frei von den bezüglichen Lasten vermacht hatte, l. 69 § 3. l. 70 § 1 D. de leg. I, dagegen mußte der Onerirte die vermachte Sache von Nießbrauch und Pfandrecht befreien, wenn der Testator diese Belastungen gekannt hat. Wenn dem Onerirten selbst ein derartiges Recht zustand, so konnte er es nicht weiter geltend machen. l. 66 § 6 D. de leg. II, vgl. Dernburg Pfandrecht Bd. 1 S. 132 ff. Aeltere gemeinrechtliche Schriftsteller nahmen an, daß diese Sätze als dem vermuthlichen Willen der Erblasser zuwider keine Anwendung finden könnten. Vgl. die bei Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 596 Anm. 1 Angeführten.

3) L. R. I, 12 § 326.

4) Anderer Ansicht ist Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 598, da der § 326 des Tit. dem Legatar dem Erben gegenüber keine Verpflichtung auflege. Hiernach würde also der Erbe keinen Anspruch gegen den Legatar haben, wenn er vom Gläubiger mit der persönlichen Klage belangt, die Schuld zahlen müßte; die Höhe des Legats hinge von dem zufälligen Umstande ab, wen der Gläubiger belangt. Dies kann nicht als Absicht des Erblassers angesehen werden.

5) L. R. I, 12 § 327.

Erben ob, diese zu berichtigen.[6] Aus gleichem Grunde ist der Erbe verpflichtet, die Freigebung vermachter zur Deckung rückständigen Miethzinses zurückbehaltener Gegenstände zu bewirken.[7]

Der Erbe hat ferner im Zweifel die vor dem Tode des Erblassers aufgelaufenen Rückstände auf der vermachten Sache haftender Lasten und Abgaben zu berichtigen,[8] da dies dem muthmaßlichen Willen des Erblassers entspricht.

2. Falls sich in der Person des Erblassers die Eigenschaft eines Realgläubigers und des Eigenthümers der vermachten Sache vereinigt — sei es daß eine Grundschuld auf seinen Namen eingetragen war, sei es daß er eine Hypothekenforderung getilgt, die Löschung aber nicht bewirkt hat — so geht die Grundschuld oder Hypothek im Zweifel auf den Legatar nicht über; denn es sind hier zwei verschiedene Vermögensstücke vorhanden, von denen nur das eine vermacht ist.[8]

§. 141. Surrogate des vermachten Gegenstandes.[1]

Wenn die vermachten Gegenstände in der Zeit zwischen der Errichtung des Vermächtnisses und dem Tode des Erblassers untergehen oder aus dem Vermögen desselben heraustreten, so daß andere an deren Stelle gesetzt werden oder sich aus ihnen entwickeln, so ist nach billiger Behandlung der Dinge das Legat nicht schlechthin und unter allen Umständen erloschen. Vielmehr tritt ein Ersatz durch die neuen Gegenstände ein, wenn anzunehmen ist, daß dies dem Willen des Erblassers entspricht:

a) Der Erblasser hat an Stelle einer speciell vermachten Sache, welche einem bestimmten Zweck oder Gebrauch diente, nach deren Untergang oder Veräußerung eine neue Sache gleicher Art gleichen Zwecken gewidmet, z. B. an Stelle seines Hundes Phylax einen Hund gleicher Art, etwa gar gleichen Namens. Hier wird man, wie nach römischem Recht,[2] das neu Angeschaffte als vermacht anzusehen haben.[3]

---

6) Anders Eccius Bd. 4 § 252 Anm. 52.

7) Die entgegengesetzte Ansicht wird allerdings von Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 598 vertheidigt.

8) Vgl. l. 39 § 5 D. de leg. I.

9) Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 598 ist der Ansicht, daß der Legatar nicht mit der ungelöscht gebliebenen Hypothekenschuld belastet sei. Denn in den Händen des Erblassers habe sich in der That die Sache als unbelastet dargestellt, das Recht des Erblassers sei aber unbeschränkt auf den Legatar übergegangen. Aehnlich das O. Trib. Entsch. Bd. 49 S. 152. Der richtigen Ansicht ist R. G. Bd. 23 S. 189, Eccius Bd. 4 § 262 Anm. 52.

1) L. R. I, 12 § 315 ff.

2) So wenigstens in gewissem Maße l. 28 § 1 D. de cond. et dem. 35, 1. Wenn L. R. I, 12 § 315 den Untergang des Vermächtnisses annimmt, falls die vermachte

b) Veräußert der Erblasser eine vermachte Sache, so gilt ihr das für sie erlöste Geld als substituirt, wenn er dasselbe bis zu seinem Tode besonders aufbewahrte,[4] es sei denn die gegentheilige Absicht nachweisbar. Dies ohne Unterschied, ob der Erlasser die bezügliche Summe bei sich aufbewahrte, oder bei Sparkassen oder Banken niederlegte. Hat er sie in Geldpapieren angelegt, so ist vorausgesetzt, daß er diese nachweisbar für den Legatar aufbewahrte.

c) Die römischen Juristen waren getheilter Meinung über die Frage, ob die aus einer vermachten gebildete neue Sache als vermacht zu gelten habe. Nach älterer strenger Ansicht war das Legat erloschen; eine freiere Auslegung nahm eine Absichtsfrage an, die im Zweifel im Sinne der Erhaltung des Vermächtnisses zu beantworten war.[5] Das preußische Recht hat letztere Auffassung zu Grunde gelegt. Ist die vermachte Sache der Materie nach, wenn gleich unter veränderter Form, in dem Nachlaß noch vorhanden, so besteht das Legat.[6] Hat der Testator bei Veränderung der Form zugleich die Materie vermehrt, oder mit einer anderen vermengt, vermischt oder sonst verbunden, so verwandelt sich der Anspruch des Legatars in den auf Ersatz des gemeinen Werthes der Materie der ihm vermachten Sache.[7]

d) Hat der Erblasser dem Legatar die vermachte Sache bei Lebzeiten übereignet, so gilt das Legat als erfüllt;[8] hat er jedoch die Sache dem Legatar durch lästigen Vertrag zugeeignet und demselben die Gegenleistung

---

„gar nicht mehr" vorhanden ist, so mögen bei dem vagen Ausdruck dergleichen Fälle berücksichtigt sein.

3) Anders Eccius Bd. 4 § 252 Anm. 48.

4) L. R. I, 12 § 322. l. 11 § 13 D. de leg. III spricht Aehnliches aus für den Fall der Einziehung einer vermachten Forderung. Nicht das zufällige Vorhandensein des erlösten Geldes in der Kasse des Erblassers genügt, es muß vielmehr die Absicht dauernder Aufbewahrung erkennbar, z. B. das verpackte Geld besonders als Kaufpreis der vermachten Sache bezeichnet sein.

5) l. 44 § 2 ff. D. de legatis I, l. 39 D. de leg. II und l. 79 § 2 D. de legatis III, l. 88 pr. § 1 D. eod., l. 6 § 1 D. de auro arg. 34, 2.

6) L. R. I, 12 §§ 317. 318, z. B. der Testator hat aus einem silbernen Becher Löffel verfertigen lassen, vgl. l. 44 §§ 2. 3 D. de leg. I, oder das Silber ist zu einer Masse eingeschmolzen, l. 49 § 5 D. de leg. III. Ist die Veränderung der Form ohne den Willen des Erblassers geschehen, so hat der Legatar die Wahl zwischen der veränderten Sache oder dem gemeinen Werth der vermachten Sache zur Zeit der Veränderung.

7) L. R. I, 12 § 319. Anders die Entscheidung in l. 6 § 1 D. de auro argento 34, 2.

8) L. R. I, 12 § 323. Für die Regel ist anticipirte Erfüllung, wenn keine andere Absicht erhellt, zu unterstellen. Etwaige Nachvermächtnisse können daher gegen den Legatar geltend gemacht werden. Anders natürlich, wenn die Uebereignung des Legates auf Grund eines neuen Titels geschah, z. B. einer Schenkung, eines Verkaufes.

bis zu seinem Tode ganz oder zum Theil nachgesehen, so verwandelt sich das Legat im Zweifel in dasjenige eines Forderungserlasses.[9] [10]

§ 142. Ungültige Vermächtnisse.

1. Unkräftig ist das Vermächtniß einer vom Verkehr ausgeschlossenen Sache.[1] Ohne Wirkung ist ferner das Vermächniß von Gegenständen, welche dem Legatar zu eigen sind, wenn nicht aus der Anordnung erhellt, daß und welchen besonderen Vortheil der Erblasser dem Legatar durch dasselbe zuwenden wollte.[2]

2. Zweifelhaft kann erscheinen, ob in derartigen Fällen, in welchen die Ungültigkeit aus der Unmöglichkeit der Erfüllung folgt, der Zeitpunkt der Errichtung oder derjenige des Anfalles des Vermächtnisses maßgebend sein soll. Das römische Recht nahm in Folge der regula Catoniana das erstere an.[3] Diese Regel traf aber nicht bedingte Vermächtnisse, indem es bei diesen ausreichte, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung vor dem Eintritt der Bedingung gehoben war.[4]

Nach Landrecht ist das Legat ungültig, wenn die vermachte Sache zur Zeit der Errichtung im Eigenthum des Legatars stand. Veräußert der Legatar die Sache vor dem Tode des Erblassers, so wird das Vermächtniß nicht gültig.[5] Thatsächlich wird ein solches Scheinlegat nicht leicht in ande-

9) L. R. I, 12 § 324. Es muß also die Forderung bereits fällig gewesen, aber vom Erblasser gleichwohl nicht beigetrieben noch auch eingefordert sein. Ein Stundungsvertrag genügt nicht.

10) Nicht anders ist es, wenn der Erblasser die vermachte Sache dem mit dem Legatar in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten verkauft und diesem den Kaufpreis nachgesehen hat, Bolze R. G. Bd. 1 Nr. 1338.

1) L. R. I, 12 § 386. § 4 J. de leg. 2, 20, l. 39 § 9 D. de leg. I. Steht die vermachte Sache an sich nicht außer dem Verkehr, fehlt aber dem Legatar die Fähigkeit sie zu erwerben, so hat der Erbe die Wahl, entweder den Werth derselben zu vergüten, oder die Sache für Rechnung des Legatars gerichtlich an einen Fähigen verkaufen zu lassen, L. R. I, 12 § 455. Aehnlich l. 40 D. de leg. I. l. 114 § 5 eod., vgl. aber l. 11 § 16 D. de leg. III, andererseits l. 49 § 2 D. de leg. II und darüber Vangerow Bd. 2 § 525 Anm. 1. Die Frage wird heutzutage selten praktisch werden. Nicht in Betracht kommt, daß die Sache gerade dem Verkehr des Beschwerten entzogen ist.

2) L. R. 1, 12 § 381. § 10 J. de leg. 2, 20; vgl. z. B. l. 1 § 2 D. de reg. Cat. 34, 7, dazu Vangerow Bd. 2 § 525 Anm. 2, sieh ferner unten bei Anm. 5.

3) l. 1 pr. D. de reg. Catoniana 34, 7. Catoniana regula sic definit: quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocunque decesserit, non valere. Vgl. über die Catonianische Regel Arnds Schriften Bd. 2 S. 485 ff.

4) l. 3 D. h t. 34, 7.

5) L. R. I, 12 § 382. Unger östr. Erbr. § 67 Anm. 14 erachtet den Rechtssatz nicht für gerechtfertigt.

rem Sinne vorkommen als so, daß der Erblasser einen Angehörigen letztwillig auf eine Sache verweist, welche dieser bereits durch die Liberalität oder Beihülfe des Erblassers erhalten hat. Dann ist es selbstverständlich, daß eine spätere Veräußerung Seitens des s. g. Legatars dem Legat keine Kraft geben kann.

Aus dieser besonderen Bestimmung darf man also nicht schließen, daß die regula Catoniana allgemein in das preußische Recht übernommen wurde. Insbesondere gewinnt das Vermächtniß Kraft, wenn die vermachte außer Verkehr stehende Sache zur Zeit des Vermächtnißanfalles in den Verkehr getreten ist. War das Vermächtniß bedingt, so reicht hin, daß dies zur Zeit der Erfüllung der Bedingung der Fall ist.

3. Das Vermächtniß verliert seine Kraft durch einen in gehöriger Weise erklärten entgegengesetzten Willen des Erblassers, ferner durch Tod des Vermächtnißnehmers vor dem Erblasser,[6] das Vermächtniß einer Seitens des Erblassers speciell bezeichneten Sache gewöhnlich auch dadurch, daß sie sich zur Zeit des Todes des Erblassers nicht in seinem Nachlaß befindet,[7] daher durch deren Untergang, mag derselbe mit Willen des Erblassers oder zufällig geschehen, desgleichen durch deren Veräußerung, sei sie eine freiwillige oder erzwungene. Auch sonstige Unmöglichkeit der Erfüllung, z. B. einer Handlung, ist Endigungsgrund, sofern dem Belasteten nicht etwa zurechenbare Schuld und deswillen Entschädigungspflicht zur Last fällt. In der Regel werden Zubehörstücke, welche der vermachten Hauptsache gefolgt wären, nicht geschuldet, wenn diese nicht im Nachlaß ist.

Ist einer vom Erblasser zum Vormund ernannten Person ein Legat hinterlassen, so gilt die Vermuthung, daß ihr selbiges in Rücksicht der Vormundschaft ausgesetzt sei. Kann oder will ein solcher Legatar sich der Vormundschaft nicht unterziehen, so verliert er daher das Vermächtniß.[8]

---

6) Vgl. unten § 170 ff. über die Entkräftungen letztwilliger Verfügungen.

7) L. R. I, 12 § 315. Nur von dem Gesichtspunkte des Textes aus kommt die Veräußerung der vermachten Sache in Betracht. Veräußert also der Erblasser den vermachten Gegenstand, und erwirbt ihn später zurück, z. B. im Wege der nothwendigen Subhastation wegen Nichtzahlung des ihm geschuldeten Kaufpreises, so ist die wiedererworbene Sache dem Vermächtnißnehmer zu leisten, § 316 d. T. Die Römer legten das Hauptgewicht auf den in der Veräußerung liegenden animus adimendi § 12 J. de legat. 2, 20.

8) L. R. II, 18 §§ 218. 219. Aehnlich nach römischem Recht l. 32 D. de excus. 27, 1, l. 28 § 1 D. eod., l. 5 § 2 D. de his, quae ut indignis 34, 9. Neumann zur Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 23 hält jene Bestimmungen für durch die Vormundschaftsordnung aufgehoben. Es liegt aber in ihnen keine Vorschrift über das Vormundschaftswesen, sondern eine Regel für die Auslegung einer letztwilligen Verordnung, die ganz eigentlich dem Erbrecht zugehört.

II. Erwerb der Vermächtnisse, Wirkungen des Erwerbes.

§. 143. Die Weise des Erwerbes.

I. Nach römischem Recht bildete der Erwerb des Nachlasses durch den Erben den nothwendigen Mittelpunkt der erbrechtlichen Successionen, daher wurde das Vermächtniß frühestens mit dem Erbschaftsantritt — dies legati venit — erworben.[1] Und zwar geschah der Vermächtnißerwerb nach der zur Herrschaft gelangten Ansicht der Sabinianer ipso jure, so aber daß dem Legatar die Ausschlagung des Vermächtnisses zustand.[2] Man nahm jedoch bei unbedingten Vermächtnissen an, daß die Anwartschaft auf das Vermächtniß schon mit dem Tode des Erblassers begründet werde, — dies legati cedit — so daß es von jetzt an auf die Erben des Vermächtnißnehmers überging, unerachtet der Zögerung des Belasteten mit dem Erbschaftsantritt.[3]

II. Nach preußischem Recht ist der Erwerb des Legates dem Erbschaftserwerb nicht untergeordnet. Der Legatar erwirbt vielmehr das Vermächtniß unmittelbar mit dem Tode des Erblassers unabhängig vom Erbschaftsantritt;[4] der Erwerb vollzieht sich in jenem Augenblick von Rechtswegen ohne Wissen und Willen des Legatars. Das Vermächtniß überträgt sich auf die Erben des Legatars, auch wenn es von einer Bedingung abhängig war.[5]

---

1) l. 7 pr. D. quando dies legatorum 36, 2, l. 32 pr. D. de leg. II. Bedingte Legate wurden erst mit dem Eintritt der Bedingung erworben, l. 5 § 2 D. quando dies 36, 2.

2) Vgl. Gaj. Inst. II, § 195. Die Prokulianer erachteten, daß die vermachte Sache bis zur Erklärung des Bedachten in Niemandes Eigenthum stehe und daß sich erst durch diese Erklärung der Eigenthümer bestimme. Daß Justinian die Meinung der Sabinianer aufgenommen habe, ist herrschende, wenn auch nicht unbestrittene Ansicht. Vgl. die bei Dernburg Pand. Bd. 3 § 108 Anm. 2 Angeführten.

3) Der Rechtssatz, wonach vom Tode des Erblassers ab dies legati cedit — l. 5 D. h. t. 36, 2 — hat den erklärten Zweck, dagegen zu schützen, daß die Legate in Folge der willkürlichen Zögerung des berufenen Erben mit dem Antritt durch Wegsterben des Legatars zusammenfallen. Wo die Hinausschiebung des Erwerbes Folge der Anordnung des Erblassers war, insbesondere bei bedingten Legaten, war daher vom dies cedens keine Rede. Auch fand jener Satz keine Anwendung, wenn das Legat nur der individuellen Person des Bedachten zu Gute kommen sollte, da hier auf die Erben desselben nichts übergehen kann, l. 3 D. h. t. nam, quum ad heredem non transferatur, frustra est, si ante quis diem ejus cedere dixerit.

4) L. R. I, 12 § 288. Es kann unseres Erachtens nur zu Mißverständnissen führen, wenn man die römische Terminologie des dies veniens und cedens, welche darauf beruht, daß der Erbschaftsantritt Bedingung des Erwerbes des Legats ist, auf das preußische Recht überträgt, dem dieser Gedanke fremd ist.

5) L. R. I, 12 § 485 vgl. oben § 124 Ziff. 4. Es gilt dies auch für Nachvermächtnisse.

Dem Legatar steht es frei, das angefallene Vermächtniß auszuschlagen.[6] Dies hat dem Belasteten gegenüber zu geschehen. Die Erklärung kann nach der gerichtlichen Eröffnung des letzten Willens, oder bei nicht gerichtlich zu eröffnenden Vermächtnissen nach Kenntniß des Todes des Erblassers und von dessen Verfügung gültigerweise erfolgen, auch wenn das Vermächtniß noch bedingt oder betagt sein sollte.[7] Auch mittelbare Erklärung genügt, es ist z. B. in der Zustimmung zur Veräußerung der vermachten Sache durch den Erben gewöhnlich eine Ablehnung zu finden. Die Annahme sowie die Zurückweisung muß auf das Ganze gehen und unbedingt sein, eine bedingte oder sich nicht auf das Ganze beziehende Erklärung ist, sofern sie nicht vom Belasteten angenommen wird, kraftlos.[8] Die dem Belasteten gegenüber gültiger Weise abgegebene Erklärung ist unwiderruflich. Eine Frist für die Erklärung ist vom Gesetz nicht vorgesehen.[9] Der Legatar ist befugt, von zwei ihm gesondert zugedachten Vermächtnissen das eine zurückzuweisen und das andere anzunehmen.[10]

Weist der Legatar das Vermächtniß zurück, so wird die Sache so behandelt, als hätte er dasselbe nie erworben.[11]

Die unentgeltliche Entsagung der Vermächtnisse ist Seitens der Konkursgläubiger des Entsagenden anfechtbar, wenn sie in dem letzten Jahre vor Eröffnung des Konkursverfahrens stattfand.[12] Die Anfechtung ist in entsprechender Weise auch außerhalb des Konkurses Seitens einzelner Gläubiger zulässig, deren Forderungen vollstreckbar sind, wenn das Vermögen ihres

---

6) Vgl. L. R. I, 12 § 366.

7) Nach römischem Recht konnte der Legatar das Vermächtniß erst nach dem Erbschaftsantritt gültigerweise zurückweisen. Ja es galt der Satz l. 45 § 1 D. de leg. II: si sub condicione vel ex die certa nobis legatum sit, ante condicionem vel diem certum repudiare non possumus, nam nec pertinet ad nos, antequam dies veniat vel condicio existat.

8) arg. l. 58 D. de leg. II: si cui res legata fuerit et omnino aliqua ex parte voluerit suam esse, totam acquirit. Die Erben des Legatars müssen einen gemeinschaftlichen Entschluß fassen und erklären; l. 38 pr. D. de leg. I hat daher auf das preußische Recht keinen Bezug.

9) Striethorst Archiv Bd. 94 S. 157. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß der Erbe die Sache so lange für den Legatar verwahren muß, bis es diesem beliebt, sich zu entscheiden. Der Erbe kann den Legatar auffordern, sich innerhalb angemessener Zeit zu erklären, und wenn dies nicht geschieht, auf dessen Gefahr und Kosten hinterlegen.

10) l. 5 pr. ff. D. de leg. II nimmt dies freilich nicht unbedingt an.

11) L. R. I, 12 § 366.

12) Reichskonkursordnung § 25 Ziff. 1, oben Bd. 2 § 128 Ziff. 3. Nach römischem Recht war die actio Pauliana im Fall der Ausschlagung eines Vermächtnisses nicht zulässig, l. 6 § 4 D. quae in fraudem credit. 42, 8.

Schuldners, welcher dem Vermächtniß entsagte, zu ihrer Befriedigung nicht hinreicht.[13]

§ 144. Die Wirkungen des Vermächtnißerwerbes.

1. Mit dem Tode des Erblassers geht das Eigenthum der unbedingt und unbetagt vermachten Nachlaßgegenstände, sofern sie individuell bestimmt sind, auf den Vermächtnißnehmer über.[1] Ist das Legat betagt oder bedingt, so ist zwar der Erbe bis zum Herankommen des Termines oder dem Eintritt der Bedingung Eigenthümer der vermachten Gegenstände, aber der Legatar hat bereits vorher das dingliche Recht auf den Erwerb derselben.[2]

Doch nur das Recht an sich überkommt der Legatar unmittelbar; bezüglich der thatsächlichen Verwirklichung ist er auf den Erben verwiesen, er darf sich also nicht eigenmächtig in den Besitz setzen.[3] Die Verwirklichung seiner Rechte kann er daher erst beanspruchen, wenn der Erbe in Folge des Ablaufes der Ueberlegungsfrist, oder seiner Annahmeerklärung vor deren Ablauf, die Erbschaft endgültig erworben hat,[4] oder wenn ein Nachlaßpfleger ernannt ist. Der unmittelbare Eigenthumserwerb hat also nur den Zweck[5] einer Sicherung des Vermächtnißnehmers und zwar einer sehr nachdrücklichen.

---

13) Reichsgesetz vom 21. Juli 1879, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen.

1) L. R. I, 12 § 288. Man hat nicht selten behauptet, daß die Bestimmung des § 288 nicht wörtlich zu verstehen sei, daß vielmehr zur Erlangung des „vollständigen" Eigenthums der vermachten Sache die Uebergabe derselben an den Legatar von Seiten des Erben gehöre und daß im Fall der Weigerung oder Verzögerung dem Legatar gegen den Erben nur ein Forderungsrecht und eine persönliche Klage aus dem Testamente auf Uebergabe der Sache zustehe. Striethorst Archiv Bd. 21 S. 243. Dies ist ungegründet und kann nicht darauf gestützt werden, daß der Legatar sich nach § 311 des Titels nicht eigenmächtig in den Besitz der vermachten Sache setzen darf. Denn hieraus folgt eben nur, daß er ein Recht zum Besitz erst durch die Uebertragung Seitens des Erben erhält. Noch weniger kann gegen das dingliche Recht des Legatars ins Feld geführt werden, daß ihm eine Klage auf Uebergabe der vermachten Sache zusteht, L. R. I, 12 § 294, da diese sehr wohl mit dem dinglichen Anspruch konkurriren kann, wie dies auch nach römischem Recht der Fall war, wo gleichfalls die vermachte Sache unmittelbar in das Eigenthum des Legatars überging und der Legatar daneben einen persönlichen Anspruch hatte, l. 1 C. communia de legatis 6, 43. Von der Annahme des sofortigen Eigenthumserwerbes durch den Legatar geht auch die Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 § 53 aus, siehe unten Anm. 7. Die richtige Auffassung hat auch Eccius Bd. 4 § 276 Anm. 28.

2) Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 27 S. 928, jedoch auch Eccius Bd. 4 § 276 Anm. 38.

3) L. R. I, 12 § 311. Ueber das interdictum quod legatorum siehe unten Anm. 16.

4) L. R. I, 12 § 294, vgl. § 328, daselbst, sieh auch oben § 139 bei Anm. 13.

5) Veräußert der Erbe die vermachten beweglichen Sachen arglistig, so begeht er eine Unterschlagung.

Bezüglich vermachter **Grundstücke** insbesondere ergiebt sich Folgendes. Wurden sie unbedingt oder unbetagt vermacht, so erwirbt der Legatar zwar deren Eigenthum **vom Erblasser mit dessen Tode**,[6] gleichwohl kann er die **Eintragung im Grundbuche** nur erwirken, wenn der Erbe die Zustimmung hierzu in formgerechter Weise ertheilt, oder wenn derselbe zur Zustimmung rechtskräftig verurtheilt wurde.[7] [8] Der Legatar kann eine Vormerkung zu seiner Sicherung eintragen lassen. Ist das Grundstück von einem noch nicht eingetretenen Termin ab oder unter einer noch schwebenden Bedingung vermacht, so ist der Legatar inzwischen befugt, sein Recht **auf dasselbe** eintragen zu lassen und zwar, da er es vom Erblasser ableitet, auch wenn der Erbe sein Eigenthum noch nicht zur Eintragung brachte.

2. Der Legatar hat bei Grundstücken wie bei beweglichen Sachen vom Erben oder dem sonstigen Belasteten die Uebergabe zu beanspruchen. Sie geschieht in der Regel **auf Kosten des Legatars**.[9]

3. Dem Belasteten ist, was das römische Recht nicht von ihm verlangte, zur Pflicht gemacht, die vermachte Sache für den Legatar zu **verwalten und zu verwahren**.[10] [11] Er haftet aber nur für **Arglist und grobes Versehen**,[12] während er nach römischem Recht in der Regel auch für leichte Verschuldung einstand.[13]

---

6) Es ist zulässig, daß die Miterben der vermachten Grundstücke — in Gemäßheit des Gesetzes vom 5. Mai 1872 § 5 Abs. 2 — unter Zustimmung des Vermächtnißnehmers Dritten auflassen. Denn in dieser Zustimmung liegt ein Verzicht auf das Vermächtnißrecht, Johow App. Ger. Bd. 8 S. 152, l. 120 § 1 D. de leg. I, l. 88 § 14 D. de leg. II, oben § 143 im Text nach Anm. 7.

7) Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 §§ 53. 85, vgl. Hypothekenordnung von 1783, II, § 66. Einer **Auflassung** des Erben an den Legatar bedarf es **nicht**. Die Vermächtnißnehmer müssen dem Grundbuchrichter außer der Einwilligung des Erben den Nachweis des Erbrechtes desselben und die Urkunde über das Vermächtniß beibringen. Dies Alles gilt auch für eine Untereinschreibung bezüglich einer dem Erblasser zustehenden und vermachten Hypothekenforderung, vgl. G. B. O. § 85 und Johow App. Ger. Bd. 3 S. 158.

8) Fraglich kann erscheinen, ob es der Auflassung durch die Erben an den Vermächtnißnehmer bedarf, wenn ihm der Erblasser ein Grundstück **für einen gewissen Preis** vermacht hat. Bei Johow App. Ger. Bd. 8 S. 163 wurde die Auflassung des für einen Annahmepreis dem ältesten Sohne vermachten Grundstückes gefordert, weil derselbe ein bloß obligatorisches Recht durch die Zuwendung erhalten habe. Es läßt sich aber ein solches Vermächtniß sehr wohl als eine durch die Uebernahme der Verpflichtung zur Zahlung des Preises bedingte Uebereignung auffassen.

9) L. R. I, 12 § 312, vgl. l. 8 pr. D. de leg. II. Gemeinrechtlich hat man nicht selten die Kosten der Ablieferung dem Erben als dem **Schuldner** zur Last gelegt.

10) Ueber die Früchte der vermachten Sache siehe oben § 139 Ziff. 4.

11) L. R. I, 12 § 306. Er hat also auch die Pflicht der **Rechnungslegung**, Eccius Bd. 4 § 276 Anm. 36.

12) L. R. I, 12 § 308.

13) l. 47 § 4 ff., l. 53 § 3 D. de leg. I, l. 108 § 12 D. eod. Der **Erfüllungsort** bestimmt sich nach L. R. I, 5 § 249, vgl. oben Bd. 2 § 57.

4. Der Beschwerte hat seinerseits gegenüber dem Legatar Anspruch auf Ersatz der auf die vermachte Sache ausgelegten nothwendigen Verwendungen, auch etwaiger nothwendiger Prozeßkosten. Er kann dies Recht, wenn der Legatar das Vermächtniß angenommen hat, nicht bloß mittels Einrede, sondern auch im Wege der Klage verwirklichen. Nützliche Verwendungen müssen ihm nur erstattet werden, wenn sie unter Einwilligung des Legatars geschahen.[14] Auch auf Abnahme der vermachten Sache kann der Belastete klagen, wenn der Legatar das Vermächtniß angenommen hat.[15]

5. Der Belastete ist befugt, vermachte Gegenstände, welche der Legatar eigenmächtig in Besitz nahm, zurückzufordern, ohne sein Interesse hierbei besonders darlegen zu müssen.[16] Auch hat der Beneficialerbe ein Recht auf verhältnißmäßige Einschüsse zur Befriedigung der Ansprüche der Erbschaftsgläubiger und der übrigen Legatare.[17]

§ 145. Die Rechtsmittel des Legatars.

1. Aus dem Vermächtniß entspringt in allen Fällen eine persönliche Klage gegen den Beschwerten, um die Anerkennung und Verwirklichung des Legates herbeizuführen:[1]

a. Klageberechtigt ist der Legatar, nicht minder dessen Erbe, wenn der Legatar den Erblasser überlebt hat.[2]

b. Den Grund der Klage bildet die letztwillige Verfügung des Erblassers mittels Testamentes, Erbvertrages oder Kodicilles. Dem Kläger liegt außerdem der Nachweis der Passivlegitimation des Beklagten ob. Ist der „Erbe“ der Beschwerte, so hat Kläger im Streitfall den Nachweis zu führen, daß der Beklagte Erbe ist, und zwar in einer Eigenschaft, welche ihn zur Entrichtung des fraglichen Vermächtnisses verpflichtet.[3] Wurde in dieser Be-

---

14) Dies Alles ergiebt sich aus den Grundsätzen des preußischen Rechtes, besondere gesetzliche Regeln finden sich freilich nicht. Vgl. Koch Erbrecht S. 1116. Ueber römisches Recht l. 58 ff. D. de leg. I. Dernburg Pand. Bd. 3 § 99 Anm. 13.

15) Auch dies ergiebt die Natur der Sache.

16) L. R. I, 12 § 311. Das römische Recht stellte zu solchem Zweck ein interdictum adipiscendae possessionis, das interd. quod legatorum, zu Gunsten des Erben auf. Tit. D. quod. legat. 43, 3.

17) Vgl. oben § 133 Buchst. b.

1) So auch nach justianischem Recht l. 1 C. comm. de leg. 6, 43. Das ältere römische Recht gab dem Legatar nur entweder eine persönliche oder eine dingliche Klage. Allein dies wurde seit dem S. C. Neronianum nicht mehr festgehalten.

2) Dies gilt nach preußischem Recht auch bei bedingten Legaten.

3) In dem Entsch. des O. Trib. Bd. 43 S. 141 behandelten Fall behauptete die Beklagte, daß ihr die Erbschaft auf Grund eines Erbvertrages zukomme, wonach sie nicht gültig durch ein späteres Testament belastet werden konnte. Hiernach war es Sache des Klägers darzuthun, daß der angebliche Erbvertrag keine Kraft habe und daß

ziehung zwischen mehreren Erbprätendenten gestritten und ein rechtskräftiges Erkenntniß gefällt, so macht dies auch zu Gunsten der Legatare Rechtskraft.[4] Wird über die Gültigkeit des letzten Willens noch prozessirt, so kann der Legatar die Erben erst dann belangen, wenn der obschwebende Prozeß rechtskräftig entschieden ist.[5] Wer die Erbschaft als Erbe besitzt, kann die solchergestalt in Anspruch genommene Eigenschaft den Legataren gegenüber nicht verleugnen, wenn nicht bereits ein Erbstreit ihm gegenüber erhoben ist.[6]

c. Der Beneficialerbe kann gegenüber dem Legatar die etwaige Unzulänglichkeit des Nachlasses einredeweise darthun,[7] er ist hierzu auch in der Zwangsvollstreckung befugt. Wenn der Legatar im Aufgebotsverfahren ausgeschlossen wurde, so gehört die Behauptung zur Substantiirung seiner Klage, daß nach Befriedigung der im Verfahren angemeldeten Gläubiger für ihn Masse übrig ist.[8]

d. Mehrere Erben sind gemeinsam zu verklagen. Haben dieselben die Erbschaft getheilt, ohne den Legatar zu befriedigen, so haften sie solidarisch.[9]

---

die Beklagte vielmehr aus dem Testament, welches den wahren Berufungsgrund bilde, Erbe geworden sei. Statt dessen berief sich die Beklagte auf L. R. I, 12 § 295 — vgl. Anm. 5 — um die Abweisung der Klage zur Zeit zu begründen, obgleich derselbe hier nicht paßte. Da die Gerichte auf diesen Einwand eingingen, erhielt der gedachte Paragraph a. a. O. eine schiefe Erklärung.

4) Dies hat das O. Trib. Entsch. Bd. 37 S. 341 ff. angenommen, da bei dem Mangel eingehender Bestimmungen der preußischen Rechtsquellen über die Frage auf die allgemeinen Grundsätze, wie sie das gemeine Recht festgestellt habe, zurückzugehen sei. Nun bestimme die l. 50 § 1 D. de legatis I, daß der im Erbschaftsprozeß siegreiche Substitut den Legataren verhaftet werde. Auch nach preußischem Recht müsse dem entsprechend der Legatar das Recht haben, denjenigen in Anspruch zu nehmen, welcher rechtskräftig als Erbe anerkannt wurde. — Nec enim tam improbe causari potest, secundum se judicatum per gratiam bemerkt die citirte Stelle mit Recht. Dagegen hat das O. Trieb. bei Striethorst Archiv Bd. 12 S. 61 abweichend von der l. 3 pr. D. de pign. 20, 1 entschieden, daß die beim Erbschaftsprozeß nicht zugezogenen Legatare die zwischen dem Testamentserben und anderen Erbprätendenten, insbesondere Vertragserben, ergangenen rechtskräftigen Entscheidungen nicht gegen sich gelten lassen müssen. Dies stimmt jedoch schwerlich mit L. R. I, 12 § 295, denn der Grund, weswegen die Legatare den Ausgang des über die Gültigkeit des Testamentes geführten Prozesses abwarten müssen, kann nur darin gefunden werden, daß die hier gefällte Entscheidung — Kollusion natürlich vorbehalten — auch gegenüber den Legataren Rechtskraft macht.

5) L. R. I, 12 § 295.

6) Dies ist allerdings im Gesetze nicht ausgesprochen, folgt aber aus dem Wesen des Verhältnisses, da die Stellung des Erben mit Verbindlichkeiten verknüpft ist, Niemand aber die Vortheile einer Rechtslage beanspruchen, deren Lasten aber ablehnen kann.

7) Der Legatar muß die rechtskräftigen Erkenntnisse zwischen dem Erben und den Erbschaftsgläubigern, sowie diejenigen zwischen dem Erben und etwaigen Pflichttheilsberechtigten anerkennen, L. R. I, 12 § 298, Striethorst Archiv Bd. 19 S. 335.

8) Gesetz, betr. die Zwangsvollstreckung gegen Beneficialerben vom 28. März 1879 § 10.

9) L. R. I, 12 § 292. Das Nähere unten § 240.

2. Der Legatar ist nicht befugt, die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß zu verlangen, noch auch an einem solchen Konkurse Theil zu nehmen. Denn die Konkursordnung schließt ausdrücklich von den Forderungen, welche im Konkurse geltend gemacht werden können, aus die Ansprüche aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners unter Lebenden oder von Todeswegen.[10] Die Theilnahme der Legatare an dem Konkurse über den Nachlaß ist auch kein Bedürfniß. Denn die Eröffnung des Verfahrens setzt Ueberschuldung des Nachlasses voraus.[11] Die Erbschaftsgläubiger aber gehen den Legataren vor. Sollte gleichwohl schließlich etwas übrig bleiben, so ist der Erbe zu einer verhälnißmäßigen Vertheilung unter die Legatare verpflichtet.[12] Dagegen ist der Legatar richtiger Ansicht nach befugt, wenn der Erbe, welcher vorbehaltslos erwarb, in Konkurs geräth, an diesem Konkurse Theil zu nehmen, wie auch selbst den Konkurs über das Vermögen des Erben zu beantragen. Denn der Erbe schuldet ihm nicht aus einer Freigebigkeit, seine Verhaftung mit dem eigenen Vermögen beruht vielmehr auf einer Art von Verschuldung, nämlich auf der Versäumniß der Inventarerrichtung.[13]

3. Die Legatare können ferner Absonderung der Nachlaßgegenstände in Anspruch nehmen, wenn der Erbe nach Erwerb der Erbschaft in Konkurs geräth;[14] nicht weniger können sie als Vindikanten der ihnen speciell ver-

10) Reichskonkursordnung § 56 Ziff. 4; oben § 132 Anm. 7 a. E., vgl. aber unten § 233.

11) Reichskonkursordnung § 203.

12) Vgl. oben § 133 unter b.

13) Die Meinung der Konkursordnung § 56 Ziff. 4 kann allerdings zweifelhaft sein. Völderndorff, Konkursordnung zum genannten § nimmt an, daß derselbe auch auf Fälle zu beziehen sei, in denen die Freigebigkeit zwar nicht eine solche des Gemeinschuldners selbst sei, wohl aber von ihm vertreten werden müsse. Er behauptet hiernach, wenn der spätere Gemeinschuldner vor Eröffnung des Verfahrens eine Erbschaft unbedingt angenommen hat und dadurch den Vermächtnißnehmern haftbar geworden ist, so können diese, obwohl sie ihr Recht aus einer Freigebigkeit des Gemeinschuldners herleiten, doch im Konkurse keine Berücksichtigung finden. Die Motive des Entwurfes zu § 56 S. 270 geben keine klare Auskunft über die Absicht bei der Redaktion. Es wird vorzugsweise Bezug darauf genommen, daß nach römischem Recht l. 22 § 5 C. de jure deliberandi 6, 30 die Legatare den Gläubigern, d. h. den Erbschaftsgläubigern, nachstünden, daß es besser sei favore repetitioni, quam adventitio lucro, l. 41 § 1 D. de R. J. 50, 17. Deshalb wurde der Grundsatz der preußischen Konkursordnung § 84 übernommen. Die Frage ist hiernach gemäß allgemeinen Grundsätzen zu lösen. Diese sprechen entschieden dagegen, den Gläubigern des Erben ein Vorzugsrecht vor den Legataren seines Erblassers zu gewähren, was geschehen würde, wenn die letzteren vom Konkurse des Erben ausgeschlossen würden. Die Gläubiger des Erben haben, wie dieser, nur Rechte auf den Ueberschuß des Nachlasses über die Erbschaftsschulden und Legate. Ihre Lage kann sich unmöglich dadurch verbessern, daß ihr Schuldner, der Erbe, die Errichtung des Inventars versäumt.

14) Reichskonkursordnung § 43. Näheres unten § 233.

machten Nachlaßsachen auftreten;[15] hierbei kann ihnen aber der Einwand, daß der Nachlaß nicht zahlungsfähig war, im Interesse der Nachlaßgläubiger entgegengestellt werden.

4. Selbstverständlich ist der Legatar, soweit er Eigenthümer der ihm vermachten Sache wurde, zu dinglichen Klagen jeder Art berechtigt, Ansprüche auf dieselben sind mit ihm auszutragen. Er ist insbesondere befugt zu widersprechen, wenn die Gläubiger des Erben oder auch des Erblassers ihm vermachte Sachen zum Gegenstande der Zwangsvollstreckung machen.[16][17]

5. Soweit Legatare unter dem Vorzugsrecht angeblicher Gläubiger des Erblassers leiden würden, dürfen sie bei Prozessen der Erbschaftsgläubiger den Erben interveniren.[18] Es ist dies namentlich wichtig, wenn derselbe Beneficialerbe ist.[19]

6. Ist es streitig, wem von mehreren Personen ein Vermächtniß gebührt oder wie hoch der Antheil mehrerer Kollegatare ist, so können die Vermächtnißnehmer einen derartigen Streit unter sich austragen. Der Belastete kann sie auch darauf verweisen, zuvörderst ihren Streit in solcher Art rechtskräftig erledigen zu lassen.[20]

§ 146. Sicherstellung der Vermächtnisse.

I. Nach römischem Recht konnte der Vermächtnißnehmer bei bedingten, befristeten, sonst nicht sofort auszahlbaren, oder bestrittenen Vermächtnissen Bürgenstellung, wenn diese aber nicht geleistet wurde, Einweisung in den Nachlaß fordern.[1] Außerdem gab Justinian dem Vermächtnißnehmer ein gesetzliches Pfandrecht an Allem, was der Beschwerte aus der Erbschaft erhalten hatte.[2]

---

15) Reichskonkursordnung § 35.

16) Wenn der Nachlaß zahlungsunfähig ist, kann der Legatar Pfändungen der Erbschaftsgläubiger nicht widersprechen, oben § 133 Buchst. b. Vgl. übrigens Eccius Bd. 4 § 276 Anm. 34.

17) L. R. I, 12 § 301.

18) L. R. I, 12 § 299. Die Legatare sind befugt, gegen die der Masse nachtheiligen Erkenntnisse, die gesetzlichen Rechtsmittel auch ohne Beitritt des Erben auf ihre Kosten zu verfolgen.

19) Bei Striethorst Archiv Bd. 9 S. 99 wird ausgeführt, daß die Legatare, welche in ihrem Interesse an einem die Nachlaßmasse betreffenden Prozesse Theil nehmen, weder einzeln noch zusammen die Nachlaßmasse vertreten; daher komme das von einem einzelnen Legatar gegen einen Nachlaßgläubiger erstrittene günstige Urtheil den übrigen Legataren nicht zu Gute.

20) Entsch. des O. Trib. Bd. 22 S. 315.

1) Dernburg Pand. Bd. 3 § 99 Ziff. 3.

2) l. 2 C. comm. de legatis 6, 43.

II. Auch nach Landrecht gebührt dem Legatar, wenn ihm ein Geldvermächtniß zugewendet ist oder wenn er vom Erben Werthersatz zu fordern hat, Sicherstellung aus dem Nachlaß, soviel davon nach Abzug der Schulden übrig bleibt.[3] Nach früherem preußischen Recht konnte er in Folge dessen auf Grund der Vermächtnißurkunde Eintragung einer Legalhypothek auf die Nachlaßgrundstücke fordern,[4] jetzt bedarf es hierzu der Einwilligung des Erben oder dessen rechtskräftiger Verurtheilung.[5] [6] Den Erbschaftsgläubigern aber steht der Legatar nach, auch wenn er auf Grund des Gesetzes Hypothek erlangt hat.

Nur wegen einer unbedingten, nicht berichtigten Vermächtnißschuld, mag sie fällig oder betagt sein, besteht ein Anspruch auf Sicherstellung unbedingt, wegen einer aufschiebend bedingten Vermächtnißschuld ist Sicherheit nur in dem Falle zu leisten, in denen der Eigenthümer hierzu gegenüber dem Nießbraucher berechtigt ist, also nur, wenn die wahrscheinliche Besorgniß eines Mißbrauches oder einer Vernachlässigung besteht.[7] [8]

III. Besondere Arten von Vermächtnissen.

§ 147. Vermächtniß eines Inbegriffs.[1]

Häufig ist Gegenstand des Vermächtnisses ein Inbegriff — universitas — d. h. eine Mehrheit von Gegenständen, welche man im Verkehr mit einem gemeinsamen Namen bezeichnet, und als eine einheitliche Größe be-

3) L. R. I, 12 §§ 290. 291. Die Bestimmungen von L. R. I, 14 § 186 ff. über die gesetzlichen Kautionen sind zur Anwendung zu bringen.

4) Vgl. die bei Rönne zu L. R. I, 12 § 290 abgedruckten Reskripte.

5) E. E. Gesetz § 19. Vgl. oben Bd. 1 § 320.

6) Ueber die Frage, ob es genügt, daß der Erblasser im Grundbuch eingetragen ist, damit die im Grunde von ihm herstammende Hypothek zur Eintragung komme, oder ob der Erbe eingetragen sein muß, ehe die Hypothek des Legatars eintragungsfähig ist, vgl. Dernburg und Hinrichs Preußisches Hypothekenrecht Bd. 1 S. 391 Anm. 9.

7) Nach L. R. I, 12 § 482 sollen auf ein Vermächtniß, das unter einer aufschiebenden Bedingung hinterlassen ist, die von der bedingten Erbeseinsetzung handelnden Bestimmungen entsprechende Anwendung finden, nach § 480 tritt hier dasselbe Verhältniß ein, wie zwischen dem Erben und einem fideikommissarischen Substituten, und bei diesem Rechtsverhältniß sollen nach L. R. I, 12 §§ 466. 472 die Vorschriften des Nießbrauches Anwendung finden, die nach L. R. I, 21 §§ 19 und 20 bezüglich des Kautionspunktes geregelt sind. So Striethorst Archiv Bd. 79 S. 225 ff., Bolze R. G. Bd. 8 Nr. 635. R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 967. Es steht dies im Gegensatz zum gemeinen Recht, welches den bedingten Legatar schlechthin zu sichern suchte, und zwar namentlich auch durch Verbot der Veräußerung und der Ersitzung zu seinen Gunsten.

8) Nach L. R. I, 12 § 481 ist keine Sicherheit zu stellen, wenn die Erfüllung der Bedingung bloß von ihm abhängt — bei s. g. potestativer Bedingung.

1) L. R. I, 12 § 401 kann hierher bezogen werden. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 553. Unger östr. Erbr. § 69.

trachtet. Nicht erheblich verschieden ist das Verhältniß, wenn der Erblasser Sachen verschiedener Art willkürlich als Einheit zusammenfaßt, indem er z. B. Alles vermacht, was sich in einem gewissen Behältniß befindet.

a) Bezüglich des Umfanges des Inbegriffs sind die gesetzlichen Auslegungsregeln maßgebend, soweit eine abweichende Absicht des Erblassers nicht erhellt.[2] Demgemäß begreift u. A. das Vermächtniß von Gold oder Silber, sowohl verarbeitetes wie unverarbeitetes, nicht aber geprägtes Edelmetall;[3] zur Kleidung wird auch die Leibwäsche gerechnet. Als Weißzeug bezeichnet das Gesetz alles leinene Geräthe, insbesondere Leib-, Bett- und Tischwäsche;[4] doch sind nach heutiger Verkehrsauffassung auch nicht leinene, z. B. baumwollene Waschobjekte entsprechender Art zum Weißzeug zu zählen.

b) Das Legat des Inbegriffs betrifft in der Regel sämmtliche Gegenstände der bezüglichen Art, welche dem Erblasser gehören.[6] Es betrifft nicht bloß die ihm bei Errichtung des Vermächtnisses gehörenden, sondern auch die später von ihm erworbenen Stücke. Indem der Erblasser den Inbegriff als Einheit vermachte, sah er von den einzelnen ihm derzeit eigenen Gegenständen ab. Dies ist namentlich bei Sachgesammtheiten offensichtlich, welche ihrer Bestimmung oder ihrer Natur nach stetig wechseln und sich erneuen wie bei dem Waarenlager, der Heerde; es gilt im Zweifel aber auch für solche Gesammtheiten, bei denen ein solcher Wechsel nichts Regelmäßiges ist, z. B. dem Schmuck einer Frau, den Gemälden des Erblassers.[6]

---

2) L. R. I, 2 § 10 ff. Vgl. oben Bd. 1 § 60. Die römischen Auslegungsregeln, wie sie sich sehr zahlreich in den justinianischen Pandekten finden, beruhen überwiegend auf den römischen Lebensanschauungen und Verhältnissen; sie können daher im neueren Recht nur in beschränktem Maße entsprechende Anwendung finden.

3) So ist nach l. 19 pr. D. de auro 34, 2 die Bestimmung von L. R. I, 2 § 20.

4) L. R. I, 2 § 25.

5) Bezügliche Gegenstände, welche der Erblasser nur zu fordern hatte, die aber zur Zeit des Todes noch nicht abgeliefert waren, werden der Regel nach nicht inbegriffen sein, vgl. l. 27 § 2 D. de auro 34, 2. Dies jedenfalls dann, wenn sie noch nicht bezahlt waren. — Was vom Erblasser bereits verkauft, aber noch nicht abgeliefert ist, gehört nicht zum Legat.

6) § 18 J. de legatis 2, 20, vgl. § 20 J. eod., l. 21, l. 22 D. de leg. I, l. 65 pr. D. leg. II. Nach römischem Sprachgebrauch sollte die gegenwärtige Zeit gemeint sein, wenn der Erblasser mit den Worten vermachte: vestem meam, argentum meum dare damnas esto; denn hac demonstratione „meum" praesens, non futurum tempus ostendit, l. 7 D. de auro 34, 2; vgl. l. 41 § 4 D. de leg. III. Hiervon kann für das heutige Recht kein Gebrauch gemacht werden. — Wäre dem Erblasser ein mit dem Vermachten gleichartiger Inbegriff zugefallen, hätte er z. B., nachdem er seine Bibliothek vermacht hat, eine andere ererbt, der seinigen aber nicht einverleibt, so wäre dieselbe nicht im Vermächtniß enthalten. Hat der Legatar selbst die Zahl der Stücke des Inbegriffs bei Lebzeiten des Erblassers ohne dessen Willen bei Führung der Geschäfte desselben über den regelmäßigen Bestand vermehrt, so kann er hieraus keine Rechte erwerben, l. 32 § 3 D. de leg. II, l. 34 § 1 D. de leg. III.

c) Das Vermächtniß des Inbegriffs ist gültig, wenn sich auch nur ein einziger der bezüglichen Gegenstände beim Tode des Erblassers im Nachlaß vorfindet;[7] ist nichts der Art im Nachlaß vorhanden, so ist es unwirksam.

d) Ob das Vermächtniß eines Behältnisses sich auch zugleich auf den Inhalt erstreckt, ist wiederum Absichtsfrage.[8] Wurde ein Behältniß mit Inhalt vermacht, so gelten im Zweifel nur die ordentlicher Weise oder doch gewöhnlich vom Erblasser dort verwahrten Sachen als mitvermacht, nicht was etwa zufällig zur Todeszeit hineingekommen war.[9]

e) Das Vermächtniß des Inbegriffs ist ein einheitliches. Der Legatar kann es nur im Ganzen zurückweisen oder vollständig annehmen.[10]

§ 148. Gattungsvermächtniß.[1]

Vermächtnisse, bei welchen die vermachten Sachen nur der Art nach bezeichnet werden, können von verschiedener Bedeutung sein.

a) Die Absicht des Erblassers kann sein, zu vermachen, was er von der bezeichneten Art und Sorte von Sachen hinterläßt. Dann liegt das Vermächtniß eines Inbegriffs vor.[2] Ein derartiges Vermächtniß ist zu unterstellen, wenn der Erblasser eine gewisse Gattung von Sachen ohne Bestimmung der Qualität und Quantität vermacht, z. B.: Bücher und Gemälde erhält Paul, Möbel Christian.[3]

b) Der Erblasser kann dem Legatar eine Anzahl oder ein Stück von ihrer Art nach bestimmten Gegenständen seines Nachlasses zu-

---

7) l. 22 D. de leg. I.

8) Unger a. a. O. § 69 Anm. 3 führt als Beispiel an das Vermächtniß einer Reisechatulle, deren Inhalt als mit vermacht gelten werde.

9) Vgl. L. R. I, 12 §§ 414. 415, über die im Behältnisse enthaltenen Schuldurkunden unter § 150 Anm. 2.

10) l. 2, l. 6 D. de leg. II.

1) L. R. I, 12 § 401 ff. Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 29 ff.

2) Windscheid Bd. 3 § 655 findet einen Unterschied des Vermächtnisses von Sachen einer gewissen Art vom Vermächtniß einer Sachgesammtheit darin, daß in diesem Falle die vermachten Sachen keine Einheit für die Vorstellung bildeten. Für die Vorstellung des Erblassers bildeten sie indessen eine Einheit, daher werden sie als Einheit vermacht.

3) L. R. I, 12 § 401. Dies ist die Auffassung der römischen Juristen l. 7 pr. D. de tritico legato 33, 6. Nicht richtig ist es, wenn Vangerow Bd. 2 § 550 n. 3 diese Auslegung für unvereinbar mit dem deutschen Sprachgebrauche erklärt, vgl. Unger a. a. O. § 70 Anm. 1. Ob übrigens der Erblasser in dem im Texte bezeichneten Falle alle Sachen der bezüglichen Art, die sich im Nachlasse finden, oder ob er nur einige vermachen wollte, hat die Auslegung im Einzelfalle zu ermitteln. Würde z. B. der Erblasser vermachen „meinem Pathkinde silberne Löffel“, so würde das Legat nicht leicht alle silberne Löffel des Erblassers umfassen, sondern soviel, als ein derartiges Pathkind zu erhalten pflegt, also etwa ein Dutzend. Nach L. R. I, 12 § 402 gelten im Zweifel jedenfalls die Stücke als ausgeschlossen, die als Zubehörstücke eines Landgutes oder Gebäudes anzusehen sind.

wenden, z. B. mein Neffe erhält ein Reitpferd.[4] Auch hier liegt nur ein Specieslegat eigenthümlicher Art vor. Der Beschwerte hat im Zweifel die Wahl, er hat aus den Sachen der bezüglichen Art eine nach dem Stande und Bedürfnissen des Legatars brauchbare auszusuchen, soweit derartiges im Nachlasse vorhanden ist.[5]

c) Ein Gattungsvermächtniß im eigentlichen Sinne liegt nur vor, wenn bei der Zuwendung von Sachen einer gewissen Art auf das, was der Erblasser hinterläßt, keine Rücksicht genommen ist; wenn also bloß Art und Zahl das Merkmal des Vermachten bilden. Die unbestimmt gebliebene Eigenschaft ist dann nach dem Stande und der Nothdurft des Legatars zu bestimmen.[6] Beim Gattungsvermächtniß hat der Legatar nur ein Forderungsrecht, während er beim Vermächtniß eines Inbegriffs mit dem Tode des Erblassers, oder sofern dem Beschwerten noch eine Auswahl zusteht, mit Kundgebung der Wahl Eigenthum erlangt.

d) Im Falle des Gattungsvermächtnisses liegt dem Belasteten die Gewährschaftspflicht ob, wenn der geleistete Gegenstand einem Dritten gehörte oder mangelhaft ist.[7]

§ 149. Vermächtniß von Alimenten, der Aussteuer, von Renten.

1. Ein Vermächtniß von Alimenten,[1] d. h. des zur Fristung des Lebens Erforderlichen wird nach preußischem Rechte nur anerkannt bezüglich solcher Personen, welche sich nicht selbst vollständig zu ernähren im Stande

---

4) Nach der Auslegungsregel von L. R. I, 12 § 403 gilt, falls der Erblasser ein Stück von einer gewissen Gattung ohne nähere Bestimmung vermacht hat, ein Stück des Nachlasses als gemeint, wenn sich derartige Gegenstände im Nachlaß finden. Findet sich ein derartiges Stück im Nachlaß nicht, so muß ein solches der Erbe dem Legatar anschaffen.

5) Dies ergiebt L. R. I, 12 § 404. Nach justinianischem Rechte hatte im Zweifel der Vermächtnißnehmer die Wahl. Er mußte sich auf mittlere Qualität beschränken. l. 37 pr. D. leg. I.

6) L. R. I, 12 § 404. l. 71 pr. D. de leg. I besagt: si domus alicui simpliciter sit legata, neque adjectum, quae domus, cogentur heredes, quam vellet, domum ex his, quas testator habebat, legatario dare, quod si nullas aedes reliquerit, derisorium est legatum. Nach preußischem Rechte wäre dies unanwendbar, vielmehr könnte der Beschwerte angehalten werden, ein Haus nach Stand und Bedürfniß des Legatars zu leisten, wobei auch auf die Höhe des Nachlasses, die Beziehungen des Legatars zum Erblasser angemessene Rücksicht zu nehmen wäre. Daß auch die vom Erblasser nicht angegebene Quantität in entsprechender Weise ergänzt werden kann, schreibt das Gesetz nicht vor. In der Regel ist freilich an das im Nachlaß Vorhandene gedacht. Wo dies nicht der Fall ist, wird dennoch eine Ergänzung unter Umständen möglich sein. Es ist dies Frage des Einzelfalles und der Auslegung.

7) Vgl. L. R. I, 12 § 397.

1) L. R. I, 12 § 441 ff. Tit. Dig. de alimentis vel cibariis legatis 34, 1.

sind.[2] Dasselbe erstreckt sich daher auch nur auf die Dauer dieses Zustandes. Die einer unverehelichten Frauensperson vermachten Alimente können hiernach der Begünstigten in der Regel nur als bis zur Zeit ihrer Verheirathung zugedacht gelten.[3]

Wurde das Maß des Unterhaltes vom Erblasser nicht näher bestimmt, so ist es im Streitfalle nach richterlichem Ermessen festzustellen. Hatte der Erblasser den Bedachten bereits selbst verpflegt, so ist die Art, wie dies bisher geschah, sowie der Beruf und die Stellung, zu welcher der Erblasser den Empfänger vorbereiten wollte, vorzugsweise maßgebend, sonst soll der Stand des Legatars zur Zeit der Testamentserrichtung berücksichtigt werden.[4] In beiden Fällen darf die Höhe des Nachlasses nicht außer Betracht kommen.[5] Die Alimente sind in der Regel in Natur zu reichen. Dies kann aber keine Anwendung finden, wenn der Bedachte zu seiner Ausbildung seinen Aufenthalt an Orten nehmen muß, an welchen sie ihm der Beschwerte nicht in solcher Art gewähren kann.[6] Die Alimente sind voraus zu bezahlen.[7]

Das römische Recht rechnet die Kosten der Berufsausbildung nicht zu den Alimenten.[8] Dies steht nicht im Einklange mit den deutschen Ansichten. Das Landrecht erklärt demgemäß die Kosten für die Erlernung einer Kunst oder eines Gewerbes als gewöhnlich inbegriffen, nicht aber die des Studirens,[9] eine Regel, welche nicht eingreift, wenn bereits der Erblasser den Bedachten zum Studiren vorbereiten ließ oder wenn der gelehrte Beruf den Familien- und Standesverhältnissen des Legatars entspricht.[10] [11]

---

2) L. R. I, 12 § 441. Nach römischem Rechte galt für vermachte Alimente der Satz: si non patet, quid sentiat testator, per totum tempus vitae debebuntur, l. 14 pr. D. h. t. 34, 1. Den modernen Ansichten liegt eine Garantie des Nichtarbeitenmüssens arbeitsfähiger Personen fern.

3) Dies erachtet Mommsen Entwurf S. 412 für folgerecht, weil die Frau von der Verehelichung an den Ehemann zum Versorger hat.

4) L. R. I, 12 §§ 443. 444. Im letzteren § heißt „außerdem" „sonst". Anders Eccius Bd. 4 § 253 Anm. 127.

5) Vgl. l. 22 pr. D. h. t.

6) Selbstverständlich ist auch, daß dann, wenn die Alimente nicht mehr entsprechend in Natur geleistet werden, namentlich im Falle von Streitigkeiten, welche der Bedachte nicht verschuldete, die Leistung in Geld zu erfolgen hat.

7) L. R. I, 16 § 61.

8) l. 6 D. h. t.: quae ad disciplinam pertinent, legato non continentur.

9) L. R. I, 12 § 445.

10) Die Anschaffung der ersten Offiziersequipage soll bei Adeligen, die sich dem Kriegsdienst widmen, inbegriffen sein; für Kinder aus nichtadeligen Offiziersfamilien muß heutzutage das Gleiche gelten.

11) Das römische Recht begünstigte in mehrfacher Beziehung das Alimentenlegat besonders. Dasselbe konnte auch nicht erbfähigen Personen zugewendet werden, l. 11 D. h. t.; es wurde nicht betroffen, wenn andere Vermächtnisse, z. B. in Folge der lex Falcidia, verkürzt wurden, l. 77 § 1 D. de leg. II. Die Ansicht von Koch zu § 441, daß dies in Folge des öffentlichen Rechts auch bei uns gelten müsse, ist nicht begründet.

Im Alimentenvermächtnisse ist ein Anspruch auf Ausstattung nicht inbegriffen.[12]

2. Das Vermächtniß einer Ausstattung kann verschiedene Gestalt annehmen.[13] In Frage kommt vorzugsweise die Ausstattung einer Frauensperson mit Rücksicht auf die künftige Ehe. Fehlt es in solchem Falle an der Bestimmung der Höhe, so ist sie so zu bemessen, wie sie die Legatarin nach ihrem Stande gesetzlich von ihrem Vater würde fordern können.[14] Die Vermögensverhältnisse des Erblassers sind auch hierbei natürlich zu beachten.[15]

Ob ein derartiges Vermächtniß bedingt ist durch Schließung einer Ehe, ob dies wenigstens als Zweckbestimmung, oder endlich ob das Vermächtniß als unbeschränktes gilt, ist unter den gemeinrechtlichen Juristen streitig.[16] Nach Landrecht ist die einer bestimmten Ehe gewidmete Ausstattung zwar von deren Schließung abhängig, aber in der Regel nicht in der Weise einer Bedingung, sondern einer Zweckbestimmung.[17] Dies entspricht der vermuthlichen Absicht des Gebers, da die Ausstattung regelrecht zur Zeit der Eingehung der Ehe bereits vorhanden sein soll. Ist aber Jemandem eine Ausstattung ohne Bezug auf eine bestimmte Ehe vermacht, so ist die Zuwendung eine von Nebenbestimmungen unabhängige.[18]

Auch die einem Manne mit Rücksicht auf eine bestimmte Ehe vermachte Ausstattung gilt gleichfalls regelmäßig nur als unter einer Zweckbestimmung zugewendete.[19] Ob bei einem solchen Vermächtnisse auch die Frau, welche der Bedachte heirathen soll, als Legatarin anzusehen ist, ist nach der Absicht des Erblassers im gegebenen Falle zu bemessen.[20]

---

12) L. R. I, 12 § 445.

13) Der Ehemann kann seiner Frau Rückgabe ihrer Ausstattung oder auch ihres Eingebrachten vermachen, wo dann die Grundsätze des legatum debiti — unten § 152 — zur Anwendung kommen müssen. Vgl. tit. Dig. de dote praelegata 33, 4. Die Ehefrau ferner kann ihrem Manne ihre Ausstattung oder auch ihr Eingebrachtes vermachen, in welchem Falle ein Vermächtniß der Schuldbefreiung — unten § 151 — vorliegt. Es ist endlich möglich, daß die Ehefrau ihre Ausstattung einem Dritten vermacht, worin das Vermächtniß einer Forderung — unten § 150 — liegt.

14) L. R. I, 12 § 447. Es kann in Betracht kommen, ob die Legatarin ein uneheliches Kind ist.

15) Vgl. l. 43 D. de leg. III .... non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.

16) Stryk usus modernus lib. 33 tit. 4 § 5.

17) L. R. I, 12 § 488.

18) So auch Unger östr. Erbr. § 75 Anm. 5. In diesem Falle ist die Verwendungsbestimmung enunciativ, nicht dispositiv.

19) L. R. I, 12 § 488 wird auf diesen Fall gleichfalls zu beziehen sein. Vgl. freilich Mommsen Entwurf § 422.

20) Die Grundsätze von l. 71 § 3 D. de cond. 35, 1 sind auf das neuere Recht nicht schlechthin anwendbar.

3. Ueber das Vermächtniß persönlicher Renten sind vom Landrecht besondere Bestimmungen nicht gegeben. Theilweise können die Rechtsregeln des Leibrentenvertrags[21] entsprechend angewendet werden.

Im Zweifel ist die Rente eine lebenslängliche. Das Vermächtniß löst sich auf in eine zunächst unbestimmte Zahl einzelner Leistungen. Jede derselben ist abhängig davon, daß der Rentenbezüger den Eintritt ihres Fälligkeitstermins erlebt.[22] Derselbe erhält die Rente ganz, auch wenn er im Laufe der Periode stirbt.[23] Die Rente ist voraus zu zahlen.[24]

Renten, welche einer juristischen Person vermacht sind, laufen im Zweifel, so lange sie vorhanden ist.[25]

§ 150. Vermächtniß von Forderungen.[1]

I. Eine Forderung kann den Gegenstand eines Vermächtnisses bilden entweder so, daß sie dem Vermächtnißnehmer überwiesen — legatum nominis, — oder daß dem Schuldner derselben Befreiung vermacht — legatum liberationis — oder daß dem Gläubiger derselben die Zahlung vermacht wird — legatum debiti.

II. In der Regel wird das Vermächtniß einer Forderung Ausstände des Erblassers betreffen; denkbar ist aber auch das Vermächtniß einer Forderung des Erben oder eines Dritten. Das Vermächtniß der Schuldurkunde gilt als Forderungsvermächtniß, da hiermit vernünftigerweise nichts Anderes gemeint sein kann.[2] Wer jedoch das in einem gewissen Behältniß Befindliche vermacht, wendet hiermit im Zweifel dem Legatar die Forderungen nicht zu, über welche dort die Urkunden verwahrt sind,[3] dagegen allerdings die dort aufbewahrten Geldpapiere, insbesondere Banknoten und Inhaberpapiere, Aktien jeder Art, auch auf Namen.[4]

---

21) Vgl. L. R. I, 11 § 606 ff., oben Bd. 2 § 160. L. R. I, 12 §§ 302. 304 betrifft den Fall des Vermächtnisses dauernder Hebungen, die dem Erblasser zustanden; ein Fall, der verwandt, aber von dem hier besprochenen verschieden ist.

22) l. 4, l. 11 D. de annuis leg. 33, 1.

23) Koch Erbrecht S. 1128 nimmt Theilung nach Verhältniß der vom Bedachten erlebten Zeit an, dagegen Gruchot Bd. 1 S. 577.

24) Vgl. L. R. I, 16 § 61. Die Vorausleistung rechtfertigt sich aus dem Zwecke der Rente und ist auch üblich, der Erblasser kann aber natürlich Anderes vorschreiben.

25) L. R. I, 12 § 424.

1) L. R. I, 12 § 408 ff. Gruchot Beiträge Bd. 1 S. 216, Bd. 4 S. 365. Tit. Dig. de liberatione legata 34, 3.

2) l. 44 § 5 D. de leg. I. Das Marginal zu L. R. I, 12 § 408 spricht vom Vermächtniß „einer Schuldverschreibung".

3) L. R. I, 12 § 414. l. 78 § 1. l. 92 § 1 D. de leg. III. und l. 86 pr. D. de leg. II. Anders, wenn sich in dem Behältniß keine anderen Sachen befinden, auf welche das Legat gedeutet werden könnte.

a) Das Vermächtniß erfaßt im Zweifel die Forderung mit ihrem Zubehör, namentlich auch den nach dem Tode des Erblassers fällig werdenden Zinsen;[5] bei Lebzeiten des Erblassers verfallene, rückständige Zinsen sind nicht, wie die römischen Juristen annahmen,[6] inbegriffen.

b) Es ist bestritten, ob der Vermächtnißnehmer nach preußischem Rechte nur einen Anspruch auf Abtretung der Forderung gegen den Erben hat, oder ob die Forderung unmittelbar mit dem Tode des Erblassers übergeht. Das Letztere ist das Richtige;[7] der Schuldner ist daher unter Anderem nicht befugt, Gegenforderungen, welche ihm gegen den Erben zustanden, gegen den Vermächtnißnehmer aufzurechnen. Allein der Grundsatz erleidet doch in doppelter Richtung Einschränkungen. Es versteht sich von selbst, daß dem Schuldner des Erblassers ein solcher Uebergang nicht schaden kann, wenn er, ohne von demselben Kenntniß zu haben, dem Erben zahlte oder sich sonst in Verhandlungen mit ihm einließ.[8] Es kann ferner der Legatar Klage gegen den Schuldner erst dann erheben, wenn der Erbe hierzu seine Einwilligung erklärt hat oder rechtskräftig zu solcher Gestattung verurtheilt ist. Dies entspricht dem Rechtssatze, daß der Legatar einer körperlichen Sache, obgleich er deren Eigenthum von Rechtswegen erwirbt, sich den Besitz nicht eigenmächtiger Weise anmaßen darf.[9]

---

4) L. R. I, 12 § 415. Gemeint sind wohl nur Papiere, die an der Börse gehandelt werden und insofern dem Gelde ähnlich stets umsetzbar sind, nicht aber Wechsel, Grundschuldbriefe und selbst nicht Sparkassenbücher. Vgl. Eccius Bd. 4 § 252 Anm. 96.

5) L. R. I, 12 § 408. Auf betagte und bedingte Vermächtnisse bezieht sich dies nicht, siehe oben § 139 Ziff. 4.

6) l. 34 pr. D. de leg. III. Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 39 hält die römische Ansicht für die richtige. Ich bin der entgegengesetzten Ansicht. Rückständige verfallene Zinsen sind ein besonderer Gegenstand, welchen der Testator, weil der Rückstand meist etwas Zufälliges sein wird, in der Regel nicht vermachen wollte.

7) L. R. I, 12 § 288. Eccius Bd. 4 § 276 Anm. 28. Demgemäß hat das O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 77 S. 187 erkannt, daß eine vom Erblasser vermachte Forderung nicht ohne weiteres einen Pfändungsgegenstand für die Erbschaftsgläubiger bilde. — Bezüglich betagter und bedingter Vermächtnisse sind die Grundsätze, welche oben § 144 Anm. 2 ausgeführt sind, entsprechend anzuwenden.

8) Arg. L. R. I, 11 § 413.

9) L. R. I, 12 § 311, oben § 144 Anm. 3. Das Obertribunal dürfte im Wesentlichen, namentlich bei Striethorst Archiv Bd. 85 S. 301, auf dem hier vertheidigten Standpunkte stehen. Koch in seinen verschiedenen Schriften nahm an, daß eine Abtretung der vermachten Forderung nothwendig sei, um den Legatar zur Einklagung zu legitimiren. Gegen diese Ansicht, welche in mehrerer Beziehung, namentlich auch in der Begründung zu weit ging, erklärte sich u. A. Gruchot Beiträge Bd. 1 S. 216 ff., welcher aber in das entgegengesetzte Extrem verfiel, anzunehmen, daß die Legitimation des Legatars gegenüber dem Schuldner einzig und allein in dem Testamente beruhe und daß der Schuldner so lange an den Legatar zu zahlen verpflichtet sei, als diesem die Verfügung nicht durch eine im Interesse des Erben getroffene Sicherungsmaßregel entzogen sei. Zu demselben Ergebniß gelangt Rubo bei Gruchot Beiträge Bd. 9 S. 515 ff. Der vermittelnden Stellung des O. Trib. schließt sich dagegen an der Aufsatz bei Gruchot Beitr. Bd. 4 S. 365 ff., wie auch im Wesentlichen Eccius Bd. 4 § 276 Anm. 28. Das römische Recht verpflichtete den Erben zur Abtretung der Forderung § 21 J. de leg. 2, 20,

c) Der Erbe ist verpflichtet, dem Legatar die Klageerhebung zu verstatten, wie auch die nöthige Auskunft aus den Papieren des Erblassers zu geben und die Urkunden über die Forderung auszuhändigen. Dagegen haftet der Erbe weder für die Güte, noch für das Bestehen der vermachten Forderung.[10] Was er aber nach dem Tode des Erblassers durch etwaige Zahlung der Schuld einnahm, hat er dem Legatar herauszugeben; auch hat er Ersatz zu leisten, wenn dem Legatar eine Gegenforderung des Schuldners gegen den Erblasser, welche bei dessen Lebzeiten nicht zur Aufrechnung gebracht war, aufgerechnet wurde, da hierdurch eine Befreiung des Erben von einer ihm obliegenden Verpflichtung auf Kosten des Legatars erfolgte.[11]

d) Das Forderungsvermächtniß erlischt, wenn die Forderung bei Lebzeiten des Erblassers aufgehoben wurde.[12] Geschah diese Aufhebung indessen durch Zahlung oder Hingabe an Zahlungsstatt, so tritt das Eingenommene oder dafür Angeschaffte an die Stelle der vermachten Forderung, wenn der Erblasser eine hierauf gerichtete Absicht an den Tag legte, was namentlich angenommen wird, wenn er das eingenommene Geld besonders bis zu seinem Tode aufbewahrte,[13][14] oder eine der zurückgezahlten Forderung entsprechende austhat.[15][16]

---

l. 44 § 6 D. de leg. I, gab jedoch auch actiones utiles l. 18 C. de legatis 6, 37, wenn die Abtretung unterblieb.

10) L. R. I, 12 § 409. l. 75 § 1, 2 D. de leg. I.

11) L. R. I, 12 § 411 bestimmt: „Wird die Schuld nur durch Gegenforderungen aufgehoben, die nach dem Zeitpunkte, da das Legat ausgesetzt worden, entstanden sind, und worüber sich der Erblasser mit dem Schuldner nicht berechnet hat, so kann der Legatar den Betrag des Hauptstuhls aus der Masse fordern." Nahe liegt es hier allerdings, argumento a contrario dem Legatar den Ersatzanspruch zu verweigern, wenn die aufgerechnete Gegenforderung bereits zur Zeit der Anordnung des Legats bestanden hat. Doch würde hierin eine Härte und ein Verstoß gegen den vermuthlichen Willen des Erblassers liegen. Man wird daher richtiger annehmen, daß der Gesetzgeber sich über diese Frage nur nicht auslassen wollte, und sie offen ließ, da bei Gegenforderungen ex eadem causa allerdings andere Gesichtspunkte eintreten können, als ex dispari causa. Anders bei Gruchot Beiträge Bd. 1 S. 220. Richtige Ansichten vertritt Podlasly ebendaselbst Bd. 4 S. 381, Eccius Bd. 4 § 252 Anm. 90.

12) L. R. I, 12 § 410, l. 11 § 13 D. de leg. III.

13) L. R. I, 12 § 412. Dies, wenn nicht eine andere Absicht nachgewiesen werden kann.

14) Wenn nicht der Erblasser, sondern dessen Vormund während dessen Wahnsinnes eine vermachte ausstehende Forderung eingezogen hat, so soll nach zutreffender Entsch. des O. Trib. Bd. 63 S. 121 das Vermächtniß auf den Geldwerth der eingezogenen Forderung fortdauern. Gleiches ist in anderen Fällen einer Einziehung ohne Wissen und Willen des Erblassers anzunehmen.

15) L. R. I, 12 § 413 fordert, daß das Geld „sogleich" in derselben oder in einer anderen Summe ausgethan wurde. Es ist damit nur gemeint, daß die neue Forderung nach einem von vornherein gefaßten Entschlusse und nicht in Folge späterer neuer Disposition an die Stelle der alten trat. Eccius Bd. 4 § 252 Anm. 87 nimmt an, es komme wesentlich darauf an, daß sich die Identität des eingenommenen und ausgegebenen Geldes noch feststellen lasse. Diese Identität erachten wir für etwas Unwesentliches, vgl. übrigens l. 11 § 13 D. de leg. III. l. 88 pr. D. de leg. II.

e. Es kommt nicht selten vor, daß der Erblasser eine vermachte Geldsumme oder Rente auf einen gewissen Ausstand anweist, bilde dieser nun eine Kapitalschuld oder wiederkehrende Einkünfte. Dies kann den Zweck haben,[17] das Legat auf den Fall des Eingehens jeder Forderungen zu beschränken, es kann aber auch nur die Meinung sein, daß der Legatar befugt sein soll, die fragliche Summe oder Rente bei dem Dritten zu erheben. Das Landrecht entscheidet sich im Zweifel für die erste Auffassung.[18] Das Vermächtniß fällt daher zusammen, wenn der Anspruch, auf welchen es angewiesen ist, erlischt, ohne daß ein Vermögensstück, welches entsprechende Erträgnisse ergiebt, an die Stelle tritt;[19] es wird auf den Betrag des Erhebbaren vermindert, wenn der Schuldner der angewiesenen Forderung nicht mehr zur Zahlung des Ganzen vermögend ist. Etwaige Ausfälle in den Einkünften eines Jahres sind jedoch aus den Ueberschüssen der 3 folgenden Jahre zu decken.[20]

§ 151. Vermächtniß der Befreiung von einer Schuld.[1]

1. Das Befreiungsvermächtniß kann zum Gegenstande haben die Befreiung von einer Forderung des Erblassers oder des Erben oder eines Dritten. Das Vorhandensein einer Forderung — mindestens einer natürlichen — ist begriffliche Voraussetzung.

2. Das Vermächtniß der Befreiung von einer Forderung des Erblassers ist vorzugsweise wichtig.[2] Es wird vom Gesetz unterstellt,[3] wenn

---

16) Die Römer beschäftigten sich mit der Frage, wie es stehe, wenn einer von mehreren dem Erblasser alternativ geschuldeten Gegenständen vermacht wurde, l. 75 § 4 D. de leg. I. Dergleichen wird nicht leicht vorkommen.

17) Ist die Meinung nur die, den Fonds zu bezeichnen, aus dem der Beschwerte das Legat entnehmen soll, so hat der Zusatz meist keine wesentliche Bedeutung. Vgl. Holzschuher Bd. 2 § 197 unter n. 6. Leyser spec. 393 m. 2.

18) L. R. I, 12 §§ 419. 420.

19) L. R. I, 12 § 416, l. 23 D. de adim. leg. 34, 4. Dies ist anzuwenden auf den Fall, in welchem der Erblasser das Vermächtniß auf ein erst auszuthuendes Kapital anwies, zu dessen Anlegung es, weil der Erblasser darüber wegstarb, nicht kam. Vgl. zu Rhein und Sartorius Sammlung merkwürdiger Rechtsfälle Bd. 1 S. 1.

20) L. R. I, 12 § 420.

1) L. R. I, 12 § 425. Im Marginal ist die Rede von dem Vermächtniß einer Passivschuld des Legatars. Vgl. Gruchot Beiträge Bd. 1 S. 226 ff. Tit. Dig. de liberatione legata 34, 3.

2) Nur mit diesem ersten, dem gewöhnlichen Falle beschäftigt sich das L. R. I, 12 § 425 ff.

3) Ein Liberationsvermächtniß liegt auch vor, wenn der Erblasser letztwillig erklärt, bezüglich seiner Schuld vollständig befriedigt zu sein, obgleich dies nachweisbar nicht der Fall ist, denn falsa causa non nocet, abgesehen vom Falle des Irrthums, l. 1, l. 4 C. de falsa causa adjecta 6, 44.. Vgl. Eccius Bd. 4 § 252 Anm. 104.

der Erblasser die Rückgabe der Schuldverschreibung anordnet, und selbst, was an sich kaum anzunehmen wäre,[4] wenn er die Rückgabe des Pfandes, welches der Schuldner für die Schuld bestellt hat, ohne Vorbehalt vorschrieb.[5] Demnach gilt auch, wenn der Gläubiger dem Eigenthümer des Pfandgrundstückes, welcher zugleich persönlicher Schuldner ist, vorbehaltlos Befreiung von einer Hypothek vermachte, die persönliche Schuld als aufgehoben.[6] Der Umfang der Befreiung bestimmt sich nach dem erkennbaren Willen des Erblassers.[7] In der Regel ist die gesammte Forderung mit Inbegriff der Erweiterungen und Vergrößerungen, die sie bis zum Tode des Erblassers erfährt, aufgehoben. Dies gilt auch für rückständige Zinsen und Vertragstrafen. Hat der Erblasser alle seine Forderungen gegen den Legatar erlassen, so ist dies im Zweifel auf solche, die erst nach der Errichtung des Legats entstanden sind, nicht zu beziehen,[8] da nicht anzunehmen ist, daß der Erblasser eine Befreiung von völlig unbekannter und zunächst nicht bemeßbarer Höhe zuwenden wollte.[9]

3. Das Vermächtniß der Befreiung hebt die betroffene Schuld von Rechtswegen mit dem Tode des Erblassers auf.[10] Gleichwohl kann der Befreite vom Erben Quittung fordern, wie solche der durch Zahlung Befreite verlangen kann.[11] Wichtig ist dies vorzugsweise in Fällen, in welchen die erlassene Schuld im Testamente nicht speciell bezeichnet ist. Der Befreite ist ferner befugt, die Rückgabe der Schuldurkunden vom Erben zu beanspruchen, falls dieser hierzu im Stande ist. Die Befreiung des Hauptschuldners kommt dem Bürgen, die Befreiung des Bürgen aber nicht dem Hauptschuldner zu

4) L. R. I, 12 § 427. Gleiches ist anzunehmen, wenn der Erblasser den Schuldschein selbst — etwa auf dem Todtenbett — zurückgiebt.

5) L. R. I, 12 § 427. Anders wenn das Pfand von einem Dritten bestellt war.

6) Vgl. Eccius Bd. 4 § 252 Anm. 102.

7) L. R. I, 12 § 425. Befreiung eines Geschäftsführers von der Rechnungslegung schließt Erlaß der Verpflichtung zur Herausgabe des nachweisbar Eingenommenen nicht in sich. Gruchot Beitr. Bd. 1 S. 231.

8) L. R. I, 12 § 426. l. 28 § 1, l. 31 § 5 D. h. t. 34, 3. l. 46 D. de leg. II.

9) Auf Forderungen, welche bereits bestanden, die der Erblasser aber noch nicht kannte, bezieht sich der Erlaß gleichfalls nicht, falls nicht nachweisbar die Absicht darauf ging, das Unbekannte wie das Bekannte zu erlassen.

10) Dies gilt natürlich nur soweit, als der Nachlaß zahlungsfähig ist, Gruchot a. a. O. Bd. 1 S. 233.

11) Gruchot a. a. O. Bd. 1 S. 227 ist anderer Ansicht. — Nach römischem Recht erwuchs dem Befreiten eine exceptio mit dem Tode des Erblassers, er konnte aber auch acceptilatio fordern. l. 3 § 3, l. 22, l. 25 D. h. t. 34, 3.

Gute.[12] Ist einem einzelnen von Gesammtschuldnern Befreiung vermacht, so können dies die übrigen insoweit geltend machen, als der Erbe durch die Beitreibung den Befreiten mittelbar in Mitleidenschaft ziehen würde.[13]

4. Das Vermächtniß erlischt, wenn die Schuld bei Lebzeiten des Erblassers getilgt wurde. Es behält befreiende Wirkung, wenn die Schuld nur eine Umwandlung bei Lebzeiten des Erblassers erfuhr.[14]

5. Wurde einem der Erben die Befreiung seines Schuldners auferlegt, so wird er zum Erlaß verpflichtet, kann aber Vergütung des Werthes aus der Erbschaftsmasse fordern.[15] Vermachte der Erblasser einem Schuldner die Befreiung von der Forderung eines Dritten, so kann hierin auch ein Vermächtniß zu dessen Gunsten liegen. Aber nothwendig ist dies nicht; es hängt davon ab, ob der Erblasser auch den Gläubiger begünstigen wollte.[16]

6. Auch bloße Stundung einer Schuld kann vermacht werden.

7. Wem Befreiung von einer Schuld vermacht ist, kann, auch wenn die Summe eine bestimmte war, in der Regel nicht den Betrag dieser Summe fordern, falls die Schuld nicht bestand, es sei denn eine hierauf gehende Absicht des Erblassers ausgedrückt[17]

§ 152. Schuldvermächtniß.[1]

I. Der Erblasser kann seinem Gläubiger Zahlung dessen vermachen, was er ihm schuldig ist. Das römische Recht freilich erklärte ein derartiges Legat grundsätzlich als ungültig; doch erachtete man es als wirksam, wenn es dem Bedachten zur Zeit des Erwerbes des Legates ein Mehr gewährte, sei es bezüglich der Summe, sei es durch Nichtwieder-

---

12) l. 2 pr. D. de lib. leg. 34, 3. Der Bürge ist auch befreit, wenn der Legatar das Vermächtniß ablehnt, denn der Schuldner kann ihm die einmal erworbene Einrede nicht entziehen.

13) l. 3 § 3 D. eod. Gruchot Beiträge Bd. 1 S. 234.

14) Ob in der Einklagung der Forderung Seitens des Erblassers eine Rücknahme des Vermächtnisses liegt, ist zwar gemeinrechtlich streitig, doch ist die Absicht der Rücknahme durch die Einklagung unzweideutig ausgesprochen. Nach preußischem Rechte ist die Frage gleichwohl zu verneinen, da die nothwendige Form der Rücknahme fehlt. L. R. I, 12 § 598.

15) Vgl. L. R. I, 12 § 376.

16) Scheinbar geht weiter l. 3 § 5, l. 4 D. h. t. 34, 3.

17) L. R. I, 12 § 429, vgl. l. 75 § 2 D. de leg. I, l. 13, l. 25 D. h. t. 34, 3. Die Frage ist gemeinrechtlich bestritten. Vgl. Vangerow Bd. 2 § 555. Sie kann zweifelhaft sein, wenn das Geschuldete als Gegenstand des Vermächtnisses genannt ist, z. B. der Erblasser sagt: mein Neffe muß sich mit den Tausend, die er von mir entliehen hat, begnügen; die Tausend sind bei Lebzeiten des Erblassers zurückgezahlt. Kann der Neffe ein Legat von Tausend fordern? Schließlich liegt eine Absichtsfrage vor.

1) L. R. I, 12 § 430 ff. Gruchot Beiträge Bd. 1 S. 243 ff.

holung von Bedingungen und Terminen, sei es, weil der Schuldklage Exceptionen entgegenstanden.[2]

II. Die gemeinrechtliche Doktrin ist mit Recht geneigt, von der Ungültigkeit eines Schuldvermächtnisses, welches kein Mehr über die Schuld enthält, abzusehen, und das preußische Recht weiß von derselben nichts.

1. Vermacht der Erblasser seinem Gläubiger das, was dieser zu fordern hat, derart, daß der Gegenstand durch Angabe der Summe oder Bezeichnung der Schuldurkunde gehörig bestimmt ist, so liegt eine Anerkennung der Schuld vor.[3] Denn hiermit wird der Wille ausgesprochen, daß der Erbe den Legatar als Gläubiger behandeln soll. Dieser Wille hat Wirkung, falls in der That eine Schuld bestand, ohne daß es darauf ankommt, ob im Schuldvermächtnisse ein Mehr liegt, denn die Anerkennung an sich ist ein allerdings nicht in Zahlen ausdrückbarer Vortheil. Das Vermächtniß ist aber auch wirkungskräftig, wenn die Schuld nicht bestand, weil eben der Erblasser sie wie eine bestehende behandelt wissen will.[4] Das Schuldvermächtniß gilt hiernach, wenn vorbehaltlos erklärt als unbedingt, auch wenn die in Bezug genommene Schuld bedingt war.[5] Der etwaige Zahlungstermin der ursprünglichen Schuld gilt dagegen als beibehalten.[6] Man hat darüber gestritten, ob das Schuldvermächtniß auch dann Kraft hat, wenn die in Bezug genommene Schuld als unsittlich nichtig war.[7] Es ist ungültig nur dann, wenn in seiner Anordnung wiederum eine Unsittlichkeit liegt.

2. In Folge des Schuldvermächtnisses hat der Gläubiger zwei Klagegründe, welche ihm neben einander zustehen, so aber, daß einmalige Befriedigung beide Ansprüche beseitigt.

---

2) Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 112 Ziff. 3.

3) L. R. I, 12 §§ 430. 431.

4) Arndts a. a. O. S. 540. Die Auffassung der römischen Juristen kommt zwar zu demselben Ergebnisse ist aber in der Begründung eine andere. Sie verneinten in solchem Falle das Schuldvermächtniß und betrachteten eine bestimmte Geldsumme unter einer falsa demonstratio, die nicht schade, als vermacht. l. 75 § 1 D. de leg. I.

5) L. R. I, 12 § 434.

6) L. R. I, 12 § 436. Das römische Recht erachtete Termin, wie Bedingung als der Regel nach im Schuldvermächtniß wiederholt, § 14 J. de leg. 2. 20, l. 13, l. 14 D. de lib. leg. 34, 3.

7) Gegen die Gültigkeit hat sich unter Anderem ausgesprochen Bornemann Bd. 6 S. 94, ebenso Koch zu L. R. I, 12 § 432. Man schließt, das Schuldvermächtniß bilde eine Anerkennung, es müsse daher der allgemeine Grundsatz, wonach eine durch Verbotsgesetz betroffene Schuld durch spätere Anerkennung keine Geltung erhalten könne, auch hier Anwendung finden. Allein es liegt hier mehr vor als einfache Anerkennung, es besteht ein Vermächtniß, welches Gültigkeit hat, wenn in ihm ein Mangel nicht liegt.

Der Kläger kann sich einmal auf das **Vermächtniß** stützen. Dann ist nicht erforderlich, daß er auf das ursprüngliche Schuldverhältniß zurückgeht; wohl aber ist nothwendig, daß alle Voraussetzungen eines **gültigen Vermächtnisses** vorhanden sind, beispielsweise kann die amtliche Mitwirkung des Legatars bei Errichtung des Vermächtnisses eine Einrede gegen dasselbe begründen. Der auf das Vermächtniß gestützte Anspruch steht, wie andere Vermächtnisse, den Rechten der Erbschaftsgläubiger nach. Er eignet sich nicht zur Geltendmachung im Konkurse über den Nachlaß. Er kann mit Nachvermächtnissen belastet werden.[8] Er fällt zusammen, wenn der Gläubiger vor dem Erblasser stirbt. Der Erbe kann endlich gegen dies Schuldvermächtniß **einwenden**:

a) daß der Erblasser die Schuld **irrthümlich** als bestehend oder gültig ansah und daß dies der einzige bestimmende Beweggrund seiner Verfügung war;[9]

b) daß die Schuld, deren Zahlung vermacht ist, **vom Erblasser getilgt wurde**. Dies setzt natürlich voraus, daß eine Schuld in Wahrheit bestand, daß sie in der letztwilligen Verfügung mit hinlänglicher Bestimmtheit bezeichnet ist und daß die Identität der vom Erblasser getilgten und der vom Schuldvermächtniß in Bezug genommenen Schuld vom Belasteten nachgewiesen werden kann. Ob die Tilgung durch Zahlung, Hingabe an Zahlungsstatt oder in anderer Weise erfolgte, macht keinen Unterschied.[10]

Der Gläubiger kann zweitens seine **ursprüngliche Forderung** geltend machen, die er dann aber selbständig begründen und beweisen muß. Das Anerkenntniß des Erblassers im Schuldvermächtniß kann dabei höchstens ein Anzeichen für das Vorhandensein einer Schuld abgeben.[11] Ist dem Gläubiger

8) So auch Gruchot Beiträge Bd. 1 S. 249. 250.

9) Vgl. L. R. I, 4 § 150, vgl. oben § 105 Anm. 4, Eccius Bd. 4 § 252 Anm. 115.

10) L. R. I, 12 § 433 besagt: Kann erwiesen werden, daß der Erblasser dieselbe Schuld, die er seinem Gläubiger vermacht hat, nach errichtetem Legate bezahlt hat, so hat das Vermächtniß weiter keine Wirkung. Aehnliches bestimmt l. 1 § 5 D. de dote praelegata 33, 4. Das O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 16 S. 278 ist geneigt, diese Einrede **auf den Fall der Zahlung zu beschränken**. Nicht unbedenklich wäre es schon, meint es, der Zahlung eine Angabe an Zahlungsstatt gleichzustellen, offenbar unzulässig würde dagegen nach den Worten und dem Geiste des Gesetzes die Gleichstellung der Kompensation sein. Dies ist unrichtig. Hatte der Erblasser den Gläubigerlegatar bei Lebzeiten durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung abgefunden, so würde derselbe gegen den Willen des Erblassers doppelt erhalten, was er nur einmal haben soll, wenn man ihm die Legatsklage noch verstatten würde. Vgl. aber auch Eccius Bd. 4 § 252 S. 431.

11) Ein außergerichtliches Geständniß im eigentlichen Sinne liegt nicht vor, da es nicht dem Gläubiger gegenüber abgegeben wurde. Als Beweismittel ist das Schuldvermächtniß auch um deswillen mit Vorsicht zu benutzen, weil die Verfügung ja bloß zu **Vermächtnißzwecken** getroffen sein kann, ohne daß die Schuld innere Wahrheit hat, l. 28 § 12 D. de lib. leg. 34, 3, Gruchot a. a. O. Bd. 1 S. 245.

das Schuldvermächtniß in einem geringeren Betrage zugewendet und hat er dasselbe geltend gemacht, so hindert ihn dies nicht, den Rest aus der ursprünglichen Forderung geltend zu machen.[12]

Das auf eine der beiden Klagen ergangene abweisende Erkenntniß steht der andern Klage nicht entgegen, da die Klagegründe sich nicht decken.

3. Ein Schuldvermächtniß liegt nicht vor, wenn der Erblasser nicht den Willen der Zahlung einer Schuld ausspricht, sondern dieselbe nur dem Erben als noch bestehend benennt.[13] Auch dann ist kein Schuldvermächtniß vorhanden, wenn die Forderung ihrer Höhe nach in der letztwilligen Verfügung nicht unmittelbar oder mittelbar bezeichnet ist.[14] Daraus, daß der Schuldner seinem Gläubiger eine dessen Schuldforderung gleiche Summe vermacht hat, folgt allein noch nicht, daß er ein Schuldvermächtniß anordnen wollte. Der Legatar kann also Leistung der vermachten Summe und Erfüllung seiner Forderung beanspruchen.[15] Hätte aber der Erblasser seinem Gläubiger einen diesem geschuldeten, individuell bestimmten Gegenstand vermacht, so wäre ein Schuldvermächtniß zu unterstellen.

§ 153. Wahlvermächtniß.[1]

Eine Wahl kann aus verschiedenen Gründen zur Feststellung des Vermächtnißgegenstandes erfordert werden.

1. Ohne Willen des Erblassers wird sie nöthig, falls dieser zwar eine bestimmte Sache zu vermachen gedachte, wenn es aber nicht deutlich ist, welche von den mehreren in seinem Nachlaß befindlichen Sachen gemeint ist. Da es gewiß ist, daß der Erblasser dem Legatar wenigstens eine der bezüglichen Sachen zuwenden wollte, so nöthigt man den Belasteten, sich für eine derselben zu entscheiden und kommt so der Absicht des Erblassers möglichst nach.[2]

---

12) l. 93 § 1 D. de leg. III, Striethorst Archiv Bd. 16 S. 270.

13) Ob dann, wenn der Erblasser in seinem Testament sich über das Vorhandensein einer gewissen Schuld ausläßt, hierin ein Schuldvermächtniß liegt, ist begreiflich Absichtsfrage, vgl. Gruchot Beiträge Bd. 1 S. 244. Selbstverständlich liegt kein Schuldvermächtniß vor, wenn der Erblasser in seinem Testamente eine Uebersicht seines Vermögens vornimmt und hierbei seine Schulden aufführt. Ebensowenig, wenn er berichtet, er sei einer von ihm benannten Person eine gewisse Summe schuldig geworden, die Schuld sei aber bereits getilgt. Dies auch, falls die letztere Bemerkung nachweisbar auf Irrthum beruhte. Denn der Erblasser hat hier nicht den Willen geäußert, seinen Erben zur Schuldzahlung zu verpflichten.

14) L. R. I, 12 § 431.

15) L. R. I, 12 § 439 ff., l. 4 D. de dotis coll. 37, 7.

1) L. R. I, 12 § 388 ff. Vgl. oben Bd. 2 § 29, die alternative Obligation. Dernburg Pand. Bd. 3 § 110.

2) L. R. I, 12 § 389. So schon l. 37 § 1, l. 39 § 6 D. de leg. I.

2. Der Erblasser stellt die Vermächtnißsache einer Auswahl anheim,[3] wenn er ohne Rücksicht auf das im Nachlaß Vorhandene ein Wahlvermächtniß anordnet, z. B. 100 Mark oder eine anzuschaffende Uhr, oder wenn er, was häufiger ist, auf das im Nachlaß Vorhandene Bezug nehmend dem Legatar eine bestimmte Anzahl von Nachlaßsachen aus einer bezeichneten Klasse[4] oder alternativ eine oder die andere bestimmte Nachlaßsache vermacht. Der Erblasser kann in solchen Fällen die Wahl durch fernere Bestimmung in die Hand des Belasteten oder des Vermächtnißnehmers oder eines Dritten legen; geschah dies nicht, so gebührt nach preußischem Recht die Wahl dem Belasteten,[5] während sie nach römischem Recht in der Regel dem Legatar zustand.[6] Hat der Erblasser jedoch verordnet, daß der Legatar eine von mehreren Sachen nehmen solle, so sieht das Landrecht hierin die Erklärung, daß dem Legatar die Wahl zukommt.[7]

3. Die Wahl ist erst nach Eröffnung des letzten Willens verbindlich.[8] Aenderung der Wahl wird unzulässig, wenn dieselbe dem anderen Theil gegenüber erklärt wird.[9] Das Wahlrecht geht gemäß der regelmäßigen Vererblichkeit der Vermögensrechte auf die Erben des Wahlberechtigten über. Eine Frist für die Ausübung der Wahl ist nicht vorgesehen.[10]

4. Hat der Erbe die Wahl, so hat er eine nach den Umständen des Legatars brauchbare Sache auszuwählen.[11] Der Erbe ist dann zur Ge-

3) Bei den bloßen Gattungsvermächtnissen z. B. 1000 Mark steht zwar dem Erben die Bestimmung der Species offen, die er liefern will, von einer Wahl aber wird man hierbei kaum reden.

4) Der Fall, daß dem Legatar eine Auswahl aus Nachlaßsachen einer gewissen Art vermacht war, bildete die s. g. optio oder electio legata der Römer § 23 J. de legatis 2, 20. Ein solches Vermächtniß galt in der klassischen römischen Zeit als bedingt durch die Erklärung des Legatars und ging daher auf die Erben desselben nicht über, wenn der Legatar nicht selbst gewählt hatte. Justinian erst änderte dies. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 110 Ziff. 1a.

5) L. R. I, 12 § 388. Insbesondere ist dies der Fall, wenn der Belastete „geben“ soll, L. R. I, 12 § 390.

6) Dies wenigstens dann, wenn es sich um eine Wahl aus den Nachlaßsachen handelt, nach Analogie des früheren Vindikationslegats § 22 J. de leg. 2, 20. l. 1 C. comm. de leg. 6, 43, vgl. l. 34 § 14 D. de leg. I. Dernburg a. a. O. § 110 Ziff. 3.

7) L. R. I, 12 § 391.

8) Das römische Recht erkannte die Wahl vor dem dies legati veniens, d. h. frühestens dem Erbschaftsantritt, nicht an, l. 16 D. h. t.

9) L. R. I, 12 § 400, vgl. l. 20 D. h. t. 33, 5.

10) Bezüglich der Folgen des Verzuges des Legatars in Vornahme der Wahl wird der oben Bd. 2 § 29 Anm. 18 vertheidigte Grundsatz einzutreten haben, wonach mit dem Verzug des Gläubigers dessen Wahlrecht erlischt und auf den Schuldner übergeht. Härtere Folgen bestimmte das römische Recht l. 6 pr., l. 8 pr. D. de opt. vel el. leg. 33, 5. Was die zur Wahl berechtigten Belasteten anlangt, so vgl. oben Bd. 2 § 29 Anm. 17.

11) L. R. I, 12 § 392, l. 110 D. de leg. I, vgl. die bei Gruchot Erbr. Bd. 2 S. 23 citirte Aeußerung von Mantica de conj. ult. vol. lib. 6 tit. 11 n. 17: illud etiam cen-

währleistung verpflichtet,[12] er wird jedoch, wenn er aus dem Nachlaß zu leisten hatte, im Fall der Entwährung oder Unbrauchbarkeit des von ihm Gewählten höchstens eine andere Nachlaßsache leisten müssen. Ist dem Legatar die Wahl anheimgestellt, so muß ihm der Erbe sämmtliche im Nachlaß befindliche Stücke, unter welchen er wählen darf, treulich angeben und auf Verlangen vorzeigen. Geschah dies nicht, so ist der Legatar an seine Erklärung nicht gebunden, sondern kann von Neuem wählen.[13] Der Legatar kann, wenn ihm die Wahl ohne Einschränkung eingeräumt ist, auch das Beste nehmen.[14] Hat der Erblasser die Auswahl einem Dritten überlassen, so kann auch dieser das Beste aussuchen.[15] Kann oder will der Dritte nicht wählen, so geht die Wahl auf den Legatar über, der sich aber dann mit einer für ihn brauchbaren Sache von mittleren Werth begnügen muß.[16]

Haben mehrere Erben oder Legatare unter Sachen von gleicher Art eine Wahl vorzunehmen, so entscheidet das Loos, in welcher Ordnung sie wählen sollen.[17]

5. Hat der Erblasser die Wahl aus einer Klasse von Sachen vorgeschrieben, und gehen einige zufälligerweise zu Grunde, so ist aus den Uebrigen zu wählen, oder, wenn nur Eines übrig blieb, dieses zu leisten. Dasselbe ist anzunehmen, wenn der Erblasser alternativ die eine oder die andere Nachlaßsache nach Wahl vermachte.[18]

---

setur esse relictum, quod congruit personae legatarii. Ist die Zahl der auszuwählenden Objekte unbestimmt geblieben, so ist sie nach den Umständen dem muthmaßlichen Willen des Erblassers gemäß festzustellen; l. 1 D. de opt. leg. 33, 5 ist heutzutage unanwendbar. Wurde dem Legatar verstattet, so viele Stücke auszuwählen als er will, so kann er immerhin nicht sämmtliche Stücke nehmen. Auch hier werden die Umstände das Maß an die Hand geben. Lautet z. B. ein Vermächtniß: X. kann sich aus meiner Bibliothek so viel Bücher wählen als er will, so muß eine Bibliothek immerhin noch übrig bleiben.

12) L. R. I, 12 § 397.

13) L. R. I, 12 §§ 399. 400, ebenso l. 3 § 6 D. ad exh. 10, 4 l. 4 D. h. t. 33, 5.

14) L. R. I, 12 § 393. Anders l. 37 pr. D. de leg. I.

15) L. R. I, 12 § 395. Obgleich anzunehmen ist, daß der Dritte nach sachverständigem Ermessen auszuwählen hat, so ist seine Wahl doch unabänderlich.

16) L. R. I, 12 § 396, vgl. l. 3 § 1 C. comm. de leg. 6, 43.

17) L. R. I, 12 § 394. Justinian will das Loos entscheiden lassen, wenn Mehreren gemeinschaftlich ein Legat gegeben ist, bei welchem es noch auf eine Wahl ankommt, § 23 J. de leg. 2, 20; nach preußischem Recht treten die Grundsätze des Miteigenthums in solchem Fall ein. Die bezüglichen Fragen erörtert Koch im schlesischen Archiv Bd. 4 S. 345 in der Abhandlung: Was ist nach A. L. R. Rechtens, wenn Mehreren dieselbe Sache vermacht ist und sie sich über die ihnen beigelegte Wahl nicht einigen können.

18) Die bei den alternativen Forderungen oben Bd. 2 § 29 unter d entwickelten Grundsätze können hier nicht zur Anwendung kommen.

§ 154. Schenkungen von Todeswegen.[1]

Schenkungen von Todeswegen geben dem Beschenkten die Rechte eines Vermächtnißnehmers[2] und sind daher im Anschluß an die Vermächtnisse zu behandeln.

I. Die römischen Schenkungen von Todeswegen entwickelten sich und nahmen eine feste Gestalt an zu einer Zeit, als in Rom Vermächtnisse nur in einem Testamente gültig angeordnet werden konnten. Da man die Testamentsformalitäten aber nicht wegen jeder unerheblichen letztwilligen Zuwendung in Bewegung setzen mochte, sah man sich auf den Schenkungsweg gedrängt. Das einmal eingebürgerte Institut erhielt sich später im Leben vorzugsweise um deswillen, weil zahlreiche Beschränkungen der Vermächtnisse auf dasselbe keine Anwendung fanden; doch wurden die Sätze des Vermächtnißrechtes allmählich in immer höherem Maße auf diese Schenkungen übertragen.[3]

Man erkannte Schenkungen von Todeswegen einmal dann an, wenn Jemand durch eine gegenwärtige Lebensgefahr veranlaßt war, in dem Sinne zu schenken, daß bei unglücklichen Ausgange die Schenkung gelten, bei glücklichem nicht gelten solle,[4] sie erhielten nicht weniger Anerkennung, wenn der Schenker die Schenkung ohne solche besondere Beziehung davon abhängig machte, daß der Beschenkte ihn überlebte,[5] s. g. allgemeine Schenkung von Todeswegen. Freie Widerruflichkeit war die Regel, galt jedoch nicht als wesentlich, und konnte daher durch besondere Bestimmung aufgehoben werden.[6] Kam es zur Aufhebung der Schenkung, so hatte der Schenker nach der Meinung einiger römischer Juristen die rei vindicatio,[7] nach der anderer nur eine condictio oder auch actio praescriptis verbis.[8] Die Schenkung von Todeswegen geschah durch Vertrag, welcher den gewöhnlichen Formen der Schenkungsverträge unterlag, daneben verstattete Justinian im Anschluß an die Kodicillarform die Errichtung vor 5 Zeugen.[9] In ihren Wirkungen stellte er die Schenkung von Todeswegen für die Regel den Ver=

1) L. R. I, 11 § 1134 ff. Korte über Schenkungen auf den Todesfall in Ulrichs Archiv Bd. 4 S. 245 ff. Gruchot Glossen in den Beiträgen Bd. 13 S. 852. Dernburg Pand. Bd. 3 § 117 und dort Angeführte.

2) L. R. I, 11 § 1135.

3) Siehe das Nähere bei Keller Institutionen S. 353 ff.

4) l. 3 ff. D. h. t. 39, 6.

5) l. 16. l. 30, l. 31 § 2, l. 35 § 4 D. h. t.

6) l. 13 § 1 D. h. t., nov. 87 pr.

7) l. 29 D. h. t. 39, 6.

8) l. 38 § 3 D. de usuris 32, 1, l. 52 § 1. D. de don. i. v. et u. 24, 1. l. 18 § 1 D. h. t. 39, 6.

9) l. 4 C. h. t. 8, 57.

mächtnissen grundsätzlich gleich.[10] Unterschiede lagen vorzugsweise darin, daß die Schenkung von Todeswegen, nicht aber das Legat schon vor dem Tode des Erblassers thatsächlich verwirklicht werden konnte, ferner darin, daß die Schenkung von Todeswegen vom Antritt eines Erben unabhängig war, während die Legate durch den Erbschaftsantritt bekräftigt werden mußten und erst mit ihm endgültig erworben wurden.[11]

In Deutschland stellte sich nach der Reception vorzugsweise die thatsächliche Schwierigkeit heraus, zu bestimmen, wann ein derartiges Geschäft vorliege. Schenkungen werden nämlich häufig im Angesicht des Todes oder doch mit Rücksicht auf den bevorstehenden Tod des Schenkers gemacht, ohne die Absicht, daß sie zusammenfallen sollen, wenn der Schenker der Todesgefahr entrinnt oder den Beschenkten überlebt.[12] Während aber in Rom die Erklärung, man schenke mortis causa, diesen Willen des Erblassers genügend klarstellte, weil das Institut mit seinem technischen Namen in das Volksbewußtsein übergegangen war, sagt der Ausdruck des deutschen Schenkers, er vergebe von Todeswegen, durchaus nichts über jene Absicht. So sah sich die ältere gemeinrechtliche Doktrin dazu gedrängt, eine Schenkung von Todeswegen im technischen Sinne nur dann anzuerkennen, wenn deren freie Widerrufbarkeit bis zum Tode des Geschenkgebers vereinbart war, da man in dieser das wesentliche Merkmal einer letztwilligen Zuwendung erblickte.[13] Außerdem nahm man eine Schenkung auf den Todesfall an, wo mit Rücksicht auf eine anstehende Todesgefahr geschenkt war.

II. Dies ist in das preußische Recht übergegangen; von Todeswegen ist hier also eine Schenkung nur, wenn sie mit Rücksicht auf eine bestimmte Todesgefahr, oder wenn sie unter ausdrücklichem Vorbehalt willkürlichen Widerrufes bis zum Tode gemacht ist.[14] Darauf kommt

---

10) § 1 J. de donat. 2, 7 . . a nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur.

11) Eine Reihe von andern mehr oder minder wichtigen Unterschieden zählt Vangerow Bd. 2 § 562 auf.

12) Solche Vergabungen sind Schenkungen unter Lebenden. Sie charakterisirt richtig l. 42 § 1 D. h. t. 39, 6 . . eum qui absolute donaret, non tam mortis causa, quam morientem donare. Nicht selten wird auch die Ausführung einer einfachen Schenkung unter Lebenden bis zum Tode des Schenkers vertagt.

13) So ältere Statuten, z. B. Frankfurter Reformation von 1611 Theil IV Tit. 13 § 1. Vgl. Stryk us. mod. lib. 39 tit. 6 § 8. Sehr bestimmt äußert Thibaut Pandekten 2. Aufl. 1805 § 907: „Die Widerruflichkeit macht den Charakter der Schenkung auf den Todesfall. Wird daher ein Geschenk unwiderruflich ertheilt, dessen Vollziehung nur durch den Tod des Erblassers hinausgesetzt werden soll, so ist dies, wenn es auch zuweilen m. c. d. genannt wird, dennoch als Schenkung unter Lebenden zu behandeln," vgl. auch das O. Trib. zu Stuttgart bei Seuffert Archiv Bd. 30 Nr. 46.

14) L. R. I, 11 §§ 1135. 1136.

nichts an, ob das Geschäft eine Schenkung von Todeswegen genannt oder die Uebergabe des Geschenkten bis zum Tode des Geschenkgebers verschoben ist.[14a]

1. Die Form solcher Schenkungen ist nach der Regel des preußischen Rechtes die gerichtliche. Doch wird die Gerichtlichkeit ersetzt durch die Uebergabe beweglicher Sachen;[15] die Erben des Schenkers können solche außergerichtlich vollzogenen Schenkungen von Todeswegen auch innerhalb der gewöhnlichen Widerrufsfrist von 6 Monaten anerkanntermaßen nicht widerrufen.[16] Bei remuneratorischen Schenkungen von Todeswegen genügt eine schriftliche Urkunde, in welcher der Schenker die zu belohnende Handlung angegeben hat.[17][18]

2. Obgleich die Schenkung von Todeswegen durch Vertrag geschieht,[18a] fällt sie gleichwohl nicht mit den Erbverträgen zusammen, da sie widerruflich ist, diese aber nicht willkürlich widerrufen werden können.

3. Nach preußischem Recht ist der Erwerb der Legate von dem Erbschaftsantritt nicht mehr abhängig, daher ist deren wesentlichste Verschiedenheit von den Schenkungen von Todeswegen, welche nach römischem Rechte bestand, weggefallen; die Rechtswirkungen sind demgemäß fast durchweg dieselben, wie bei Vermächtnissen.[19] Der von Todeswegen Beschenkte muß sich namentlich eine verhältnißmäßige Verminderung des Geschenkes gefallen lassen, sofern der Nachlaß nicht zur Bezahlung der Schulden, Ergänzung des Pflichttheils,

---

14a) L. R. I, 11 § 1134.

15) Dies ist der vorzugsweise praktische Fall, welcher im Leben nicht ganz selten vorkommt. Daher ist nach unserem Ermessen das Institut keineswegs, wie Gruchot a. a. O. S. 856 erachtet, vom Gesetzgeber völlig zu streichen. Der Gesetzgeber soll thatsächlich Bestehendes nicht ignoriren. Bei Grundstücken bedarf es zur Vollziehung der Schenkung außer der Uebergabe der Schriftlichkeit, wenn die gerichtliche Form nicht gewählt wird, L. R. I, 11 § 1066.

16) Ob, wie der Schenker — L. R. I, 11 § 1090 — so die Erben des Schenkers das Recht haben, eine durch bloße Uebergabe vollzogene Schenkung unter Lebenden zu widerrufen, ist bestritten. Die Rechtsprechung bejaht die Frage, vgl. aber oben Bd. 2 § 162 Anm. 15. Dagegen hat das O. Trib. Entsch. Bd. 55 S. 38 angenommen, daß nach den besonderen Bestimmungen von L. R. I, 11 § 1135 ff. die Erben Schenkungen von Todeswegen in der Regel nicht widerrufen könnten, hierzu vielmehr nur in dem vom Gesetz besonders bestimmten Fällen berechtigt seien. Dies ist unzweifelhaft richtig. Rückforderung einer Schenkung von Todeswegen durch die Erben des Schenkers auf Grund von L. R. I, 11 § 1090 widerspräche der Absicht, aus welcher die Schenkung hervorging, ganz entschieden. Uebereinstimmend Eccius Bd. 2 § 122 Anm. 218.

17) L. R. I, 11 § 1173.

18) Die Schenkung von Todeswegen kann Alles betreffen, was Gegenstand einer gewöhnlichen Schenkung ist, unter Anderm auch die Verpflichtung zu einer Leistung begründen.

18a) Daß die Schenkung von Todeswegen ein Geschäft unter Lebenden ist, liegt auf der Hand und wurde von mir nie bezweifelt, wie dies gleichwohl irrthümlich R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1039 unterstellt.

19) L. R. I, 11 § 1135.

Leistung der Vermächtnisse zureicht, und muß, wenn er schon im Besitz des Geschenkten ist, das Zuvielempfangene zurückgeben.[20] Der Vertragserbe kann Schenkungen von Todeswegen, die nach Abschluß des Vertrages erfolgten, soweit sie den Betrag des gesetzlichen oder vereinbarten Vorbehaltes übersteigen, anfechten, dagegen kann er früher vollzogene Schenkungen von Todeswegen nicht in Frage stellen, so daß hierin eine durch die Natur der Sache gegebene Verschiedenheit dieser Schenkungen von den Vermächtnissen liegt.[21] Von Todeswegen Beschenkte, welche bereits im Besitz ihrer Schenkungen sind, unterliegen dem Aufgebotsverfahren des Beneficialerben nicht, während dies bei solchen Geschenknehmern von Todeswegen, welche erst Ansprüche gegen den Beneficialerben geltend zu machen haben, allerdings der Fall ist.[22]

4. Die Schenkung von Todeswegen mit Rücksicht auf eine anstehende Gefahr kann entweder unter der Bedingung vollzogen sein, daß der Schenker die Gefahr nicht überlebe, oder in der Todesgefahr bloß ihren Beweggrund und Anlaß haben. Im ersteren Fall fällt sie von Rechtswegen aus, wenn der Erblasser die bezügliche Gefahr überlebt,[23] sie kann also nicht bloß vom Schenker, sondern auch, wenn er später aus anderem Grunde stirbt, von dessen Erben zurückgefordert werden.[24] Bildete aber die Todesgefahr nur den Anlaß zur Schenkung, so kann nur der Schenker persönlich widerrufen, nicht sein Erbe.[25] Der Widerruf muß gerichtlich geschehen.[26] Er begründet nur einen persönlichen Anspruch auf Rückgabe.[27]

5. Jede Schenkung von Todeswegen kann gemäß richtiger Ansicht auch nach preußischem Recht Seitens des Schenkers oder seines Erben zurückgefordert werden, wenn der Beschenkte vor dem Schenker stirbt.[28]

---

20) L. R. I, 12 § 335. Uebereinstimmend Eccius Bd. 2 § 122 Anm. 216 gegen Förster und Andere.

21) Man wird also anzunehmen haben, daß der Erbvertrag unvorgreiflich bereits früher vollzogener Schenkungen von Todeswegen geschieht.

22) Vgl. Gesetz vom 28. März 1879 § 10.

23) L. R. I, 11 § 1136.

24) L. R. I, 11 § 1137.

25) Vgl. L. R. I, 11 §§ 1138. 1139.

26) Vgl. oben Bd. 2 § 164 Anm. 32.

27) Oben Bd. 2 § 164 a. E.

28) Obgleich das Landrecht dies nicht hervorhebt, ist es gleichwohl nach dem gemeinrechtlichen Begriff der Schenkung von Todeswegen, der insoweit nicht aufgehoben werden sollte, anzunehmen, vgl. § 1 J. de donat. 2, 7. Man kann sich etwa auch darauf berufen, daß der von Todeswegen Beschenkte bloß die Rechte eines Legatars haben soll — L. R. I, 11 § 1135 — und der Legatar den Erblasser überleben muß, um einen Anspruch zu erwerben.

6. Der Beschenkte, welchem der Gegenstand der Schenkung von Todeswegen vom Erblasser übergeben ist, behält die gewonnenen Nutzungen als redlicher Besitzer bis zur Kenntniß des Widerrufes oder sonstiger die Pflicht der Rückgabe begründender Thatsachen.

Sechstes Kapitel.

Die Substitutionen.

§ 155. Die gemeine Substitution.[1]

I. Die Substitution, d. h. Berufung eines Erben oder Legatars an Stelle eines andern umfaßt so verschiedene Arten, daß eine Begriffsbestimmung, welche zugleich diese Arten alle umfaßt und das Wesentliche bezeichnet, nicht thunlich ist. Sie ist gemeine — vulgaris — wenn sie für den Fall getroffen ist, daß der zunächst Berufene nicht Erbe oder Legatar wird, fideikommissarische, wenn sie die Erbschaft oder das Legat, nachdem es der zunächst Berufene erlangt hat, auf den Substituten überträgt, pupillarische, bei welcher der Erblasser den Substituten zum Erben seines Kindes ernennt, falls dasselbe in der Unmündigkeit verstirbt, und quasipupillarische, wenn der Erblasser seinem geisteskranken Kinde einen Erben ernennt.

II. Die gemeine Substitution oder die Ernennung eines s. g. zweiten und weiteren Erben — Ersatzerben — spielte im römischen Erbrecht um deswillen eine große Rolle, weil es dem römischen Erblasser der Art darauf ankam, aus einem Testament beerbt zu werden, daß hiergegen selbst die Frage, wer sein Erbe werden würde, zurücktrat. Dies ist heutzutage nicht mehr der Fall, indessen kommen immer noch derartige Substitutionen vor.

a) Da die gemeine Substitution eine Berufung zur Erbschaft oder zu einem Vermächtniß enthält, so untersteht sie im allgemeinen den Regeln der Erbeseinsetzungen oder der Vermächtnisse. Ausgezeichnet ist sie vorzugsweise durch die Bedingung, welche in ihr nothwendig liegt. Diese Bedingung ging nach römischem Recht bei der Substitution des Erben dahin, daß der als Erbe Instituirte nicht Erbe werde,[2] doch stellte man diesen Fall schon dort gleich, daß der Institut der Erbschaft in Folge des beneficium abstinendi oder einer Restitution wieder entkleidet wurde.[3] Nach preußischem Recht, gemäß welchem der Erbschaftserwerb von Rechtswegen ge-

---

1) L. R. I, 12 §§ 50 ff., 458 ff., Gruchot Erbr. Bd. 2 S. 74 ff., Dernburg Pand. Bd. 3 § 68.

2) Pr. J. de vulg. subst. 2, 15. Potest autem quis in testamento suo plures gradus heredum facere, ut puta: si ille heres non erit, ille heres esto.

3) l. 44 D. de re judicata 42, 1, l. 24 § 2 D. de min. 4, 4.

schieht, aber durch Entsagung innerhalb der Ueberlegungsfrist wieder aufgehoben wird, ist der Fall der gemeinen Substitution sowohl dann gegeben, wenn der zunächst Berufene nicht Erbe oder Legatar wird, wie auch wenn er dem angetragenen Erwerb rechtsgültig mit rückwirkender Kraft entsagt.[4]

b) Nach den römischen Grundsätzen über bedingte letztwillige Zuwendungen war für den Eintritt der Substitution nothwendig, daß der Substitut den Substitutionsfall erlebte.[5] Dies ist nach preußischem Rechte nicht der Fall. Es genügt also, daß der Ersatzerbe den Erblasser überlebt, um sein hierdurch erworbenes Recht auf seine Erben zu übertragen.[6] Im Uebrigen ist freilich die Erwerbsfähigkeit nach dem Zeitpunkt des Substitutionsfalles zu beurtheilen.[7]

c) Wie nach römischem Recht geht auch nach preußischem im Zweifel die s. g. Transmission, d. h. das Recht des Erben des Instituten anstatt desselben die Erbschaft zu erlangen, der Substitution vor.[8] Dagegen geht die Substitution in der Regel dem Anwachsungsrecht der Miterben vor,[9] wenn nicht der Erblasser mehrere Erben, denen er gemeinschaftlich substituirte, in einer Weise gemeinschaftlich einsetzte, daß die Absicht, zunächst das Anwachsungsrecht eintreten zu lassen, ersichtlich wird, z. B. A. und B. sollen meine Erben sein, für den Fall ihres Nichterwerbes C.

d) Gemeinrechtlich ist bestritten, ob die Berufung für den Fall, daß der Institut nicht Erbe werden will, stillschweigend den Fall in sich schließt, daß derselbe nicht Erbe werden kann, und umgekehrt.[10] Das Landrecht hat für Erbeseinsetzungen wie Vermächtnisse ausdrücklich die freiere Inter-

4) L. R. I, 12 § 463 ff. Der Substitut erwirbt den Nachlaß auch, wenn der zunächst Berufene unwürdig ist, vgl. oben § 101, und wenn der Letztere sich auf Grund eines Anfechtungsgrundes von der erworbenen Erbschaft losmacht, unten § 219 Anm. 22. Der Substitut verliert den Nachlaß wieder, wenn der Institut die von ihm geschehene Entsagung wegen Zwanges, Betruges, Irrthums mit Erfolg anficht, unten § 219 Anm. 22.

5) l. 81 D. de a. vel om. her. 29, 2.

6) L. R. I, 12 § 462. L. R. I, 12 § 461 bestimmt noch: ist der Erbe oder Legatarius mit seinem Substituten zugleich umgekommen, so können die Erben des Letzteren aus der Substitution keinen Anspruch machen. Dies ist selbstverständlich, denn wenn der Institut den Erblasser überlebte, so überträgt er regelmäßig, mag er vor oder nach dem Substituten sterben, nach preußischem Recht die Erbschaft, welche ihm von Rechtswegen anfällt, auf seine Erben, und der Substitut ist ausgeschlossen. Um der Entscheidung eine Bedeutung zu geben, müßte man besondere Fälle unterstellen.

7) L. R. I, 12 § 460.

8) L. R. I, 12 § 465. Gemeinrechtlich ist die Frage für einige Fälle nicht unbestritten, Mühlenbruch Bd. 40 S. 334 ff.; das österreichische Recht hat den entgegengesetzten Grundsatz, östr. b. G. B. § 809: Unger a. a. O. § 19 Anm. 7.

9) L. R. I, 12 § 459, vgl. l. 13 § 6 D. de rebus dubiis 34, 5.

10) Dagegen ist u. A. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 40 S. 301 ff., dafür Windscheid Bd. 3 § 557 Anm. 5.

pretation anerkannt, da in der That der Erblasser wohl nur sehr selten den einen Fall anders wird behandeln wollen als den andern, sich also muthmaßlich nur im Ausdruck vergriff.[11] Natürlich steht aber nichts im Wege, daß der Erblasser durch deutliche Erklärung die Substitution auf den einen oder den andern Fall einschränkt.

e) Das preußische Recht hat aus dem römischen Recht[12] und in Uebereinstimmung mit der vermuthlichen Absicht des Erblassers den Satz substitutus substituto est substitutus instituto aufgenommen.[13] Danach ist, wer einem von mehreren Erben auf dessen Institutionsportion substituirt ist, falls dieser seinerseits einem Miterben substituirt war, im Zweifel außerdem auf dessen Substitutionsportion substituirt, z. B.: der Erblasser hat A., B., C. Jeden auf ein Drittheil eingesetzt, den B. dem A., den D. dem B. substituirt, hier erhält D. bei Wegfallen von A. und B. die Portion Beider. Hat ferner der Erblasser dem ersten Substituten einen zweiten ernannt, so erhält Letzterer die bezügliche Portion auch, wenn der erste Substitut vor dem Instituten weggefallen ist.

f) Auf das Vermächtniß eines Voraus zu Gunsten des Instituten hat der Substitut ohne besondere Bestimmung des Erblassers keinen Anspruch, wohl aber gelten Anweisungen von Nachlaßbestandtheilen auf das Erbtheil des Instituten auch für den Substituten.[14]

g) Hat der Erblasser mehrere Substituten ernannt, so erhalten sie der Regel nach gleiche Theile, wenn kein anderer Theilungsmaßstab vorgeschrieben ist.[15] Zweifelhaft aber ist nach preußischem Recht die Behandlung, falls sich Miterben gegenseitig substituirt sind, s. g. substitutio reciproca. Das römische Recht nahm an, daß die sich gegenseitig substituirten Miterben im Zweifel bezüglich der Substitutportion zu denselben Theilen berufen seien, wie bezüglich der Institutportion.[16] Dies muß auch nach preußischem Rechte gelten, da eine derartige Substitution meist keine andere Bedeutung hat, als das Anwachsungsrecht unter den Miterben zu gewährleisten und den nach preußischem Recht möglichen Eintritt der gesetzlichen Erben in den ausfallenden Erbtheil ausdrücklich auszuschließen. Sind aber neben den Miterben

11) L. R. I, 12 § 52, anders das östr. b. G. B. § 605.

12) § 3 J. de vulg. subst. 2, 15, l. 27 D. h. t. 28, 6.

13) L. R. I, 12 § 56: „Wer einer substituirten Person substituirt worden, ist wenn diese den ihr zugedachten Vortheil nicht annehmen kann oder will, auch dem zuerst eingesetzten Erben oder Legatario für substituirt zu achten."

14) Vgl. oben § 137 bei Anm. 2.

15) L. R. I, 12 § 261.

16) l. 5, l. 8 § 1, l. 24 D. h. t. 28, 6.

Dritte in die Substitutportion berufen, so wird man sich an die gewöhnliche Regel gleicher Theilung zu halten haben.[17]

h) Dem Substituten liegen in der Regel die Lasten auf, welche dem Instituten aufgelegt waren, sie seien denn höchst persönlicher Natur.[18] Die Bedingungen der Institution gelten dagegen in der Regel nicht als wiederholt, es sei denn, daß sie dem bedingt Eingesetzten zu Gunsten eines Dritten ein Handeln zumuthen, welches auch vom Substituten vorgenommen werden kann; denn hier liegt in der Bedingung eine Belastung der Erbportion.[19]

§ 156. Die fideikommissarische Substitution.[1] Einleitung.

I. Die fideikommissarische Substitution überträgt eine letztwillige Zuwendung von dem zunächst Bedachten, welcher sie bereits erworben hat, auf den fideikommissarischen Substituten.[2] Auch sie kann sich auf Einzelvergabungen wie auf den Nachlaß oder eine Quote desselben beziehen. Ein besonderes Interesse knüpft sich aber an die fideikommissarische Substitution in den Nachlaß oder eine Nachlaßquote — das Universalfideikommiß der Römer. Hiervon ist im Folgenden vorzugsweise die Rede.

II. Das ältere römische Recht war auf die Regel semel heres, semper heres so gegründet, daß keinerlei Ausnahme von derselben stattfand. Nachdem aber die Fideikommisse unter Augustus rechtliche Anerkennung gefunden hatten, erhielt auch das Fideikommiß, wodurch dem Erben die Herausgabe der Erbschaft oder einer Quote derselben aufgetragen wurde, Rechtswirksamkeit. Dasselbe hatte einmal den Zweck, durch die Mittelsperson des Erben die Erbschaft Personen zuzuwenden, welche sie aus juristischen Gründen nicht antreten konnten, z. B. weil sie abwesend, verschollen, geisteskrank waren; bezweckte weiter unter Umständen eine Vormundschaft zu ersetzen, ermöglichte endlich mehreren Personen nacheinander die volle Nutzung des Nachlasses zu verschaffen. In der ersten Kaiserzeit löste sich auch das Universalfideikommiß noch in Einzelsuccessionen auf. Der Fiduciarerbe war verpflichtet, dem Fidei-

---

17) Vgl. l. 32 D. h. t. 28, 6, l. 88 § 6 D. de leg. II und l. ult. C. de impub. et aliis subst. 6, 26.

18) L. R. I, 12 § 458, vgl. oben § 136 Ziff. 2 Buchst. a.

19) Vgl. l. 73 D. de her. inst. 28, 5.

1) L. R. I, 12 §§ 53 ff., 466 ff. Tit. Inst. 2, 23 de fideicommissariis hereditatibus, Tit. Dig. ad S. C. Trebellianum 36, 1, Cod. 6, 49.

2) L. R. I, 12 § 53. Der Gedanke, diese Zuwendungen als Substitutionen zu bezeichnen, schließt sich an die Pupillarsubstitution an und ist bereits in den römischen Quellen angedeutet, Gaj. Inst. II, § 184, l. 41 § 3, l. 15 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6.

kommissar die Erbschaftsaktiven zu übereignen, während dieser ihn von den Erbschaftsschulden zu befreien und wegen derselben schadlos zu halten hatte, da der Fiducralerbe trotz der Restitution der Erbschaftsaktiven den Erbschaftsgläubigern nach wie vor allein haftbar war.[3]

a) Dies änderte das S. C. Trebellianum unter Kaiser Nero, ein jüngerer Seitenschoß am altgewurzelten Baum des römischen Erbrechtes. Fortan sollten mit der Restitution des Nachlasses die Erbschaftsklagen, aktive und passive, auf den Universalfideikommissar übergehen und von diesem Augenblick an weder für noch gegen den Fiduciarerben gegeben werden.[4]

Das Universalfideikommiß war auch jetzt noch zunächst Vermächtniß, und unterlag schlechthin dessen Regeln. Die Anwartschaft auf dasselbe trat hiernach, sofern es nicht bedingt war, mit dem Tode des Erblassers ein, erworben wurde sie aber nach dem Erbschaftsantritt mit dem Eintreten seines etwaigen Anfangstermins oder seiner Bedingung. In Folge dieses Erwerbs erhielt der Fideikommissar gegen den Erben zunächst eine persönliche, mit den mancherlei Sicherheiten der Vermächtnisse ausgestattete Klage auf Restitution der Erbschaft. Durch diese Restitution, die thatsächlich oder auch wörtlich geschehen konnte, wurde der Universalfideikommissar mittelbarer Universalsuccessor des Erblassers.[5] Er stand nunmehr an Stelle eines Erben, während der Erbe selbst nur noch den leeren Namen eines solchen hatte. Wenn also formell nach wie vor die Regel semel heres, semper heres festgehalten wurde, so daß es als unmöglich galt, mehrere Personen hintereinander als Erben für verschiedene Zeiten zu berufen, so hatte materiell die Regel keine Wahrheit mehr, da die Erbschaft gleichwohl durch die Anordnung des Universalfideikommisses Mehreren hintereinander zukommen konnte.

b) War nun aber das S. C. Trebellianum ein kühner und glücklicher Griff, sofern man einerseits an den Grundlagen des römischen Erbrechtes wenigstens formell festhalten und doch andererseits den Lebensbedürfnissen entsprechen wollte, so läßt sich gleich Günstiges vom S. C. Pegasianum unter Vespasian nicht sagen.[6] Dasselbe verstattete dem Fiduciarerben vor Allem, eine falcidische Quart seines Erbtheils zurückzuhalten, die später in die quarta Trebelliana umgewandelt wurde; es verordnete außerdem, daß der Fiduciarerbe, welcher sich des Antrittes der Erbschaft, die er restituiren sollte, weigerte,

3) Gaj. Inst. II, § 252.

4) l. 1 § 2 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

5) l. 38 D. ad S. C. Treb. 36, 1.

6) Vgl. hierüber Gaj. Inst. II, § 254. Ueber die Umwandlung der Quart in die Trebelliana und deren Bedeutung vgl. § 7 J. de fideic. her. 2, 23 und die Pandektenlehrbücher.

auf Antrag des Universalfideikommissars vom Prätor zum Antritt gezwungen werden sollte, wodurch dann aber alle Vortheile und Nachtheile der Erbschaft auf den Universalfideikommissar übergingen.

Das also geschaffene Institut ist dem altrömischen Erbrecht zwar kunstvoll, aber doch nur äußerlich angepaßt. Es bleibt ein innerer Widerspruch, daß die Anordnung zunächst Vermächtniß und dann in Folge der Restitution mittelbare Erbfolge sein soll. Dennoch ist das gemeine Recht nicht wesentlich über den römischen Standpunkt hinausgekommen. Nur hat man den Zwang zum Antritt gegen den Fiduciar in Gemäßheit des S. C. Pegasianum wohl kaum je in Deutschland verwirklicht, sondern sich in anderer Weise zu helfen gesucht. Bedeutsame Fortschritte plante aber das Projekt des corpus juris Fridericiani, indem es die quarta Trebelliana beseitigte, den Zwang gegen den Fiduciar zum Antritt fallen ließ, endlich bestimmte, daß der Fideikommissar die Erbschaft, wenn sie der Fiduciar nicht annehmen wolle, ohne Restitution erhalten, auch die gerichtliche Einweisung in dieselbe fordern könne.[7]

II. Dies hat das Landrecht weiter ausgebildet. Grundsätzlich ist die Möglichkeit anerkannt, daß mehrere Erben sich folgen, der Universalfideikommissar ist wahrer Erbe, sein Erbrecht verwirklicht sich unmittelbar mit Eintritt des Falles. Daher können wir ihn Nacherben, den Fiduciar Vorerben nennen. Ein Recht auf den Quartabzug findet nicht mehr statt.[8] In jeder fideikommissarischen liegt zugleich eine gemeine Substitution für den Fall, daß der Fiduciar die Erbschaft nicht erwirbt.[9] Es bedarf daher keines Zwanges mehr gegen den Fiduciar zum Antritt.

§ 157. Die Anordnung der fideikommissarischen Substitution.

1. Wesentlich für jede fideikommissarische Substitution ist, daß derselbe Gegenstand, welcher in erster Linie an den Einen von Todeswegen gekommen ist, nach einer vorgeschriebenen Zeit oder unter gewissen Bedingungen auf einen Andern übergehen soll.[1]

2. Die fideikommissarische Erbsubstitution insbesondere kann hiernach nur einem, unmittelbaren oder mittelbaren, Universalsuccessor des Erb-

---

7) Projekt des Corpus juris Fridericiani p. II, lib. 7 tit. 8 § 22.

8) L. R. I, 12 § 467.

9) L. R. I, 12 § 58. Unter der „gemeinen“ Substitution dagegen ist eine „fideikommissarische“ nicht inbegriffen. — Ist es zweifelhaft, ob eine gemeine oder fideikommissarische angeordnet wurde, so ist erstere anzunehmen, L. R. I, 12 § 59.

1) Ein Vermächtniß, welches dem Erben aufgelegt ist, bildet keine fideikommissarische Substitution, wenn es auch betagt oder bedingt ist, da dem Erben der Nachlaß als Ganzes, dem Vermächtnißnehmer etwas hiervon Verschiedenes, nämlich einzelne Nachlaßsachen zugewendet werden. Verwandtschaft des bedingten Vermächtnisses und der fideikommissarischen Substitution erkennt jedoch L. R. I, 12 § 482 an.

lassers aufgelegt werden, also dem Testamentserben, dem gesetzlichen Erben, einem fideikommissarischen Erben, sowie deren Erben.[2] Sie kann richtiger Ansicht nach nur den Nachlaß des Erblassers selbst betreffen. Keinen Gegenstand eines Universalfideikommisses bildet hiernach die dem Erben,[3] oder auch dem Erblasser selbst angefallene Erbschaft[4] eines Dritten.

3. Die fideikommissarische Erbsubstitution ist weiter dadurch bedingt, daß die Absicht des Erblassers auf eine Gesammtnachfolge des Substituten, also nicht etwa bloß auf Herausgabe einer Quote des Reinertrages des Nachlasses gerichtet war.

Der Wille, eine fideikommissarische Substitution anzuordnen, ist oft nicht ausdrücklich erklärt, vielmehr aus dem Inhalt der Verfügung zu entnehmen. Er liegt z. B. in dem Gebot, daß der Erbe den Nachlaß des Erblassers nach einer gewissen Zeit oder für den Fall des Eintrittes gewisser Ereignisse mit einem Dritten zu theilen habe, ebenso ist er aus der Auflage, einen bestimmten Dritten zu Erben einzusetzen, zu schließen, er kann auch im Verbot, ein Testament zu errichten, eine Erbsubstitution der Intestaterben des hiernach Belasteten zu sehen sein.[5] Namentlich aber ist es Erbeseinsetzung mit fideikommissarischer Substitution, wenn das Testament Jemandem Nießbrauch des Nachlasses und freie Verfügung über denselben zuwendet.[6]

4. Nach römischem Recht konnte die Anordnung einer fideikommissarischen Substitution, auch wenn es sich um Herausgabe einer Gesammterbschaft handelte, nicht bloß in den Formen des Testamentes, sondern auch des Vermächtnisses geschehen. Nach preußischem Recht ist nur die fideikommissarische Einzelsubstitution in den Formen des Vermächtnisses möglich, die Anordnung einer fideikommissarischen Erbsubstitution kann nur in der Form eines Testamentes geschehen, also namentlich nicht durch vorbehaltene formlose Nachzettel.[7]

5. Fideikommissarische Substitutionen jeder Art sind unter Zeitbestimmungen und Bedingungen möglich. Auch die Zufügung von auflösenden Bedingungen und von Endterminen ist zuläſſig. Es wird dann der mit der Substitution Belastete wenigstens der Regel nach, das Zugewendete für den Fall

2) l. 22 § 5 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1, l. 40 § 1, l. 65 § 2, l. 1 § 8 D. eod.

3) l. 27 § 9, 17 § 1 D. eod.

4) Vgl. oben § 128 Anm. 8.

5) l. 19 § 1, l 17, l. 74 pr. D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Insbesondere kommt L. R. I, 12 § 534 in Betracht, vgl. unten § 163 Anm. 13, Entsch. des O. Trib. Bd. 24 S. 262, Striethorst Bd. 8 S. 64.

6) Striethorst Archiv Bd. 63, S. 218, Kam. Ger. Bd. 3 S. 79, vgl. auch daselbst Bd. 7 S. 129.

7) Entsch. des O. Trib. Bd. 76 S. 338, vgl. auch oben § 118 Buchst. b.

des Eintrittes der auflösenden Bedingung oder bei herangekommenem Termin zurückerhalten, wie wenn er dem unter der Bedingung oder dem Termin Substituirten seinerseits wieder substituirt wäre.

6. Hat der Erblasser seinen Kindern — auch entfernteren Grades —, welche zur Zeit der Errichtung des Testamentes keine Nachkommen hatten, substituirt, so gilt nach dem Vorgange des römischen Rechtes der Satz,[8] daß die Substitution erlischt, wenn das eingesetzte Kind erbfähige Nachkommen erhalten und hinterlassen hat.[9] Zu solchen Nachkommen sind zu rechnen eheliche, nicht minder legitimirte Kinder; ferner uneheliche Kinder der eingesetzten Tochter oder Enkelin, da hier nicht entscheidet, daß sie der Nachkommenschaft des Testators nicht zugehören und ihm gegenüber keine Erbrechte hatten.[10] Uneheliche Kinder des Sohnes oder des Enkels aber kommen selbst dann nicht in Betracht, wenn ihnen ein außerordentliches Erbrecht gegen ihren Erzeuger zusteht. Zur Zeit des Substitutionsfalles im Mutterleib befindliche Nachkommen des Belasteten bewirken gleichfalls den Ausfall der Substitution, wenn sie lebendig geboren werden. Bis entschieden ist, ob dies geschah, bleibt die Substitution in der Schwebe. Nach Eintritt des Substitutionsfalles Erzeugte kommen dagegen nicht in Betracht.

Die Kinderlosigkeit des Belasteten wird als Bedingung der Substitution nicht bloß unterstellt, wenn die Substitution auf den Fall des Todes des belasteten Kindes gestellt ist, sondern auch bei Substitutionsfällen anderer Art, vorausgesetzt, daß sich nicht aus den Umständen die entgegengesetzte Absicht des Testators ergiebt.

7. Nach Landrecht ist sowohl bezüglich der Einzelzuwendungen, wie auch des Gesammtnachlasses oder einer Quote desselben nur eine zweimalige fideikommissarische Substitution verstattet,[11] was natürlich auf Familienfideikommisse keine Anwendung findet. Demgemäß wird trotz etwa entgegenstehender Anordnung des Testators die bezügliche Zuwendung in der Hand des zweiten Substituten eine freie. Sind aber Mehrere als Substituten des ersten Grades auf dieselbe Sache berufen, und sind ihnen sämmtlich Substituten des zweiten Grades nachgesetzt, so wird die Sache erst freies Eigenthum, nachdem durchweg Substituten des zweiten Grades eingerückt sind. Wenn also drei Geschwistern des Erblassers ein Haus vermacht ist mit der

8) l. 74 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1, l. 30 C. de fideicommissis 6, 42.

9) L. R. I, 12 § 538.

10) Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 197.

11) L. R. I, 12 § 55. Aehnlich beschränkte die nov. 159 die Wirksamkeit eines römischen Familienfideikommisses auf 4 Grade. — Nicht gezählt wird, wer stirbt oder sonst abgeht, ehe das Zugewendete auf ihn verfällt. L. R. I, 12 § 57.

Bestimmung, daß dasselbe fortdauernd unveräußerlich auf deren Nachkommen übergehen soll, das eine dieser Geschwister verstirbt, das Fideikommiß fällt an seinen Nachkommen, von diesem mit dessen Tode an seinen Descendenten, während die zunächst mitberufenen Geschwister oder deren im ersten Grade substituirte Nachkommen noch im Besitz des Hauses sind, dann kann der zweite Substitut jenes einen der Geschwister noch nicht auf Theilung klagen, weil hierdurch den Substituten der anderen beiden Geschwister gegen die Absicht des Erblassers die Sache aus der Hand gespielt würde; die Theilungsklage wird hiernach erst dann zulässig, wenn auch in die letzte Quote der ungetheilten Sache ein zweiter Substitut eingerückt ist.[12]

§ 158. Rechtsverhältnisse vor Eintritt des Substitutionsfalles.

Was die Rechtswirkungen der fideikommissarischen Substitution anlangt, so ist das Verhältniß vor und nach Eintritt des Substitutionsfalles zu unterscheiden.

Der mit der Substitution Beschwerte nimmt bis zum Eintritt des Falles der Substitution grundsätzlich dieselbe Rechtsstellung ein, welche ihm im Falle der Nichtbeschwerung zustehen würde. Er hat demnach die Rechte eines Legatars, wenn er als solcher bedacht, die eines Erben, wenn er zur Erbschaft berufen ist.[1] Dennoch wirkt die Belastung mit dem Fideikommiß bereits jetzt in erheblichstem Maße ein.

I. Nach römischem Recht hatte allerdings der Universalfideikommissar bis zur Restitution nur einen persönlichen Anspruch gegen den Fiduciar. Justinian aber bereits untersagte dem Fiduciarerben die Veräußerung der Nachlaßsachen, es habe sie denn der Erblasser gestattet oder es handle sich um eine nothwendige Verwaltungsmaßregel.[2] Ja es ist nicht unzweifelhaft, ob der Universalfideikommissar nicht bereits nach justinianischem Recht als dinglich am Nachlaß berechtigt anzusehen ist.[3]

II. Das Landrecht seinerseits bestimmt, daß der eingesetzte Erbe oder Legatar alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers hat.[4] Hiermit sollte

---

12) Stölzel über fideikommissarische Substitutionen bei Gruchot Bd. 19 S. 641 ff. Anderer Ansicht Eccius Bd. 4 § 251 Anm. 100.

1) Die zwischen dem Erben und dem Erblasser bestehenden Rechtsverhältnisse erlöschen zwar durch Konfusion, aber nur für die Zeit bis zum Eintritt des Substitutionsfalles, vgl. unten § 159 Anm. 10.

2) l. 3 § 2 ff. C. comm. de leg. 6, 43, E. A. Seuffert das gesetzliche Veräußerungsverbot bei Singular- und Universalvermächtnissen S. 52 ff. Ob sich das Veräußerungsverbot auch auf Forderungen bezieht, ist bestritten. Windscheid Bd. 3 § 665 Anm. 8 hat sich dafür erklärt.

3) Hierfür u. A. Mayer Legate § 12 Anm. 6 u. 7. Dagegen Seuffert a. a. O. S. 40, Dernburg Pand. Bd. 3 § 120 Anm. 2.

nicht ausgesprochen werden, daß er bloßer Nießbraucher, also nicht Erbe oder Legatar sei, es sollte nur ein Maßstab zur Beurtheilung des Umfanges seiner Rechte gegeben, und ihm die vollständige Nutzung, dem Fideikommissar die Substanz zugesichert werden. Keinenfalls kann man aber hiernach das Recht des Fideikommissars bis zum Eintritt des Falles auf einen bloßen persönlichen Anspruch herunterdrücken und dem Fiduciar freies Eigenthum zugestehen.[5] Der Substitut erlangt vielmehr noch vor Eintritt des Falles eine dingliche Berechtigung an den Nachlaßsachen, durch welche das Eigenthumsrecht des Fiduciars an denselben wesentlich beschränkt wird.[6]

a) Das Verhältniß findet im Grundbuch seinen angemessenen Ausdruck dadurch, wenn der Fiduciar in dessen erster Abtheilung als Eigenthümer eingetragen wird, daß in der zweiten Abtheilung die Eintragung der fideikommissarischen Substitution erfolgt. Es wäre daher entsprechend, zu verlangen, daß Beides gleichzeitig geschähe. Denn der Fiduciar, welchem durch das Testament nur zeitlich beschränktes Eigenthum zugewendet wird, kann mit Fug nur Eintragung dieses Rechtes, nicht aber eines zeitlich unbeschränkten Rechtes beanspruchen. Indeß verfährt die heutige Praxis in solcher Weise nicht, oder doch nur dann, wenn der Erblasser ausdrücklich verordnet hat,

4) L. R. I, 12 § 466. Das Obertribunal hat im Präjudiz 578 den Satz anerkannt und später häufig bestätigt, daß der heres fiduciarius Erbe ist und das Eigenthum der ihm zugefallenen Erbschaft erlangt, so daß L. R. I, 12 §§ 466. 467 nur das Rechtsverhältniß zwischen ihm und dem substituirten Erben in Bezug auf die Verwaltung des Nachlasses und die Verpflichtung zur Herausgabe desselben bezeichne. R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 436, Bd. 29 S. 915, Bd. 32 S. 893, R. G. Bd. 17 S. 229 hat dem zugestimmt. Die Gründe liegen vor Allem darin, daß nach dem auf dem römischen Rechte fußenden Rechtszustande der heres fiduciarius zur Zeit des Inkrafttretens des Landrechts die Eigenschaft eines Erben hatte und die Absicht einer Aenderung in dieser Hinsicht nicht zu Tage getreten ist. Dazu kommt, daß die §§ 53, 259, 466, 480 L. R. I, 12 den Fiduciar als eingesetzten Erben bezeichnen, dieser also nach der Natur der Sache und L. R. I, 9 §§ 367, 368 das Eigenthum der Erbschaft nebst den anklebenden Rechten und Pflichten erhält. Nach §§ 53, 259 L. R. I, 12 ferner ist der Fiduciar ein „zuerst“ „bis zu gewisser Zeit“ eingesetzter Erbe, nach § 472 ebendaselbst „Haupterbe“, woraus sich gleichfalls ergiebt, daß das Gesetz die beiden Personen als einander der Zeit nach folgende Erben erachtet. Vgl. Ulrich's Archiv Bd. 6 S. 100 ff., Striethorst Archiv Bd. 9 S. 211 ff., Eccius Bd. 4 § 275 Ziff. 1.

5) Nicht richtig ist es, wenn das Obertribunal in mehreren Entscheidungen ausgeführt hat, der Fideikommissar habe kein dingliches Recht an der Erbschaft, sondern nur einen Titel dazu, nämlich ein persönliches Forderungsrecht gegen den Fiduciar oder dessen Erben, Striethorst Archiv Bd. 65 S. 41, ebendas. S. 84. Hiermit stimmt auch kaum, wenn in Entsch. des O. Trib. Bd. 76 S. 168, nachdem dies wiederholt ist, das Eigenthum des Fiduciars als ein der Dauer nach beschränktes bezeichnet wird. Bei Striethorst Archiv Bd. 82 S. 12 stellt das O. Trib. in Frage, ob das Recht des Fideikommissars ein bloß persönliches sei. Dafür freilich Koch zu L. R. I, 12 § 466, Erbrecht S. 1066, sieh auch Eccius Bd. 4 § 275 Anm. 28 und die dort angezogene Entsch. des R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 952, R. G. daselbst Bd. 29 S. 915.

6) So Wienstein bei Gruchot Beiträge Bd. 8 S. 305. Doch zieht Wienstein Folgerungen, die unseres Erachtens zu weit führen.

daß die Eintragung des Fiduciars nicht ohne Erwähnung der Beschränkung seiner Rechte durch die Substitution geschehen soll. Der Fiduciar wird vielmehr auf seinen Antrag ohne Weiteres als Eigenthümer eingetragen; es ist dem Fideikommissar überlassen, rechtzeitig für die Eintragung seines beschränkenden Rechtes Sorge zu tragen.[7]

b) Bestritten ist, wieweit die Befugniß des Vorerben zu Veräußerungen der Nachlaßbestandtheile reicht. Die Veräußerung steht ihm schlechthin frei, soweit sie durch die Verwaltung des Nachlasses gefordert wird,[8] vor allem also, um die Pflichten, welche ihm als Erben obliegen, zu erfüllen, namentlich zur Beschaffung der Mittel für die Tilgung von Erbschaftsschulden und die Befriedigung von Legataren; für derartige Veräußerungen kann der Vorerbe daher auch vom Substituten Bewilligung zur Löschung etwaiger im Grundbuche zu dessen Gunsten erfolgter Eintragungen fordern. Der Vorerbe darf außerdem verbrauchbare Sachen sowie alle solche Sachen frei veräußern, deren Veräußerung aus wirthschaftlichen Gründen erforderlich ist.

Hiervon abgesehen hat der Nacherbe ein festes Recht auf die Nachlaßbestandtheile, welches er gegenüber Veräußerungen Seitens des Vorerben zu wahren im Stande ist.[9] Grundstücke kann der Vorerbe zwar, nachdem er als Eigenthümer eingetragen ist, veräußern,[10] dem Fideikommissar ist es aber möglich, sich durch die Eintragung seines Rechts die Rückgewähr für den Fall des Eintrittes seines Anspruches gegenüber dem Erwerber und dessen Nachfolgern zu sichern. Hat er dies versäumt, so kann er dereinst dennoch

---

7) Nach der Hypothekenordnung von 1783 Tit. 2 § 80 mußten Verordnungen, welche das Eigenthum des Besitzers und dessen Befugniß, mit dem Gute zu disponiren, einschränkten, wohin ausdrücklich die Substitutionen gerechnet wurden, von dem Gerichte unter eigener Vertretung bei Berichtigung des Besitztitels von Amtswegen eingetragen werden, vgl. Hypothekennovelle vom 24. Mai 1853 § 28. Dies ist nach §§ 30 und 54 der Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872, welche zu den Eintragungen Anträge fordert, beseitigt. Hiermit ist unserer Ansicht nach keineswegs bestimmt, daß es dem Fiduciar gestattet sein kann, dem von ihm selbst vorgebrachten Titel zuwider die Eintragung eines Rechtes zu fordern, welches ihm nicht zusteht, nämlich des unbeschränkten Eigenthumsrechts. Es wäre daher das Richtige, ihm, wenn er die Eintragung als Eigenthümer erlangen will, aufzugeben, den Antrag auf Eintragung des Rechtes der Substitution — in der zweiten Abtheilung — damit zu verbinden. Vgl. Dernburg und Hinrichs Preußisches Hypothekenrecht Bd. 1 S. 396 ff., aber auch S. 408. Die Praxis hat sich indessen für die entgegengesetzte Ansicht entschieden, weil eine Eintragung von Amtswegen nicht mehr statthaft sei Johow App. Ger. Bd. 7 S. 138, Kam. Ger. Bd. 7 S. 129. Das Ergebniß ist, daß die Eintragung das Verhältniß verdunkelt und das Recht der Substituten, meist der Kinder des Erblassers, gefährdet.

8) Bolze Praxis des R. G. Bd. 7 Nr. 726.

9) Entsch. des O. Trib. Bd. 76 S. 163 ff. Sind mehrere fiduciarisch als Erben eingesetzt, so steht ihnen die Theilung des Nachlasses in der Regel frei, Striethorst Archiv Bd. 65 S. 84, natürlich gleichfalls unbeschadet der Rechte der Nacherben.

10) R. G. Bd. 14 S. 288. Vgl. auch Kam. Ger. Bd. 6 S. 149.

vindiciren, wenn der Erwerber seine Ansprüche kannte.[10a] Gegen eine drohende Veräußerung von beweglichen Sachen, welche der Fiduciar als deren Eigenthümer gleichfalls an sich vornehmen kann, ist dem Fideikommissar gerichtlicher Schutz — durch Verbot, eventuell Sequestration — zu gewähren, wenn sein Recht nicht illusorisch werden soll. Denn damit ist ihm wenig gedient, daß ihm die dingliche Klage wegen veräußerter beweglicher Nachlaßsachen grundsätzlich bei Eintritt des Falles gegenüber deren Erwerbern zusteht. Hiernach beantwortet sich die Frage, wie weit die Gläubiger des Fiduciars Nachlaßsachen, welche mit dem Fideikommiß belastet sind, zwangsweise zum Gegenstande ihrer Befriedigung machen können. Grundstücke mögen sie mit Zwangshypotheken belasten, in Zwangsverwaltung nehmen, ja zur Zwangsversteigerung bringen, denn dies Alles geschieht unbeschadet des Rechts des Fideikommissars, sofern er seine Eintragung betrieben hat. Der Pfändung von beweglichen Nachlaßsachen hingegen kann der Fideikommissar widersprechen; denn deren Verkauf im Wege der Zwangsvollstreckung würde sein Recht vereiteln.[11]

Was die Einziehung von Forderungen anlangt, so wird der Vorerbe die laufenden, welche keine feste Kapitalanlage bilden, einziehen können, ähnlich wie ein Quasinießbraucher.[11a] Diejenigen Forderungen, welche zur dauernden Kapitalanlage dienten, kann er zwar kündigen, allein der Schuldner befreit sich durch die Zahlung nicht von den Ansprüchen des Nacherben, vielmehr muß er die Schuldsumme gerichtlich hinterlegen, falls sich die auf einander folgenden Erben nicht in anderer Weise verständigen.[12]

Der Vorerbe ist als legitimirt anzusehen, Prozesse über die Substanz der Erbschaft bis zum Eintritt des Substitutionsfalles allein zu führen.[13]

10a) Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 1008.

11) R. C. P. O. § 690. Im Konkurse des Vorerben haben dessen Gläubiger zwar das Recht auf die Nutzungen des Nachlasses, dagegen können die Nacherben ihr Recht auf die Substanz nach K. O. § 35 als Aussonderungsberechtigte zur Geltung bringen; denn das Aussonderungsrecht schützt „alle dinglichen selbständigen Rechte, welche ein Dritter am Eigenthume des Gemeinschuldners haben kann"; v. Wilmowski K. O. § 35. Vgl. oben bei Anm. 6.

11a) Oben Bd. 1 § 185 Ziff. 3.

12) Bei Striethorst Archiv Bd. 82 S. 8 wird entschieden, daß der Fiduciar befugt sei, Hypothekenkapitalien zu kündigen. Die Einzahlung sollte jedoch nur zum Depositum geschehen können, weil das Recht des Fideikommissars im besprochenen Falle im Hypothekenbuche eingetragen war, was ihm einen dinglichen Charakter gebe. Wir nehmen an, daß die Eintragung dies Recht nur verlautbart, ihm also keinen neuen Charakter verleiht. Vgl. weiter R. G. Bd. 17 S. 228.

13) Vgl. L. R. I, 12 § 298. Selbstverständlich kann der Nacherbe hierbei interveniren, R. C. P. O. § 63. Aber der Vorerbe vertritt den Nachlaß, die Lage der Nachlaßgläubiger würde erschwert, wenn sie nicht auch den Nacherben bindende Erkenntnisse

c) Der Vorerbe hat fällige Schulden und Vermächtnisse zu berichtigen. Hat er die Rechtswohlthat des Inventars nicht gewahrt, und haftet er um deswillen über den Bestand der Masse mit dem eigenen Vermögen, so hat er keine Ersatzansprüche gegen den Nacherben.[14]

d) Der Vorerbe haftet dem Nacherben nicht bloß, wie der Belastete gegenüber dem Legatar, für grobe Verschuldung. Vielmehr hat er, wie ein Nießbraucher, auch für mäßiges Versehen einzustehen.[15] Wegen Verwendungen hat der Vorerbe Ansprüche nur nach den Grundsätzen des Nießbrauchs.

e) Der Nacherbe kann die Legung eines Inventars vom Vorerben verlangen.[16] Dies hatte man schon im gemeinen Recht angenommen,[17] es blieb nur zweifelhaft, ob der Erblasser diesen Anspruch ausschließen könne. Nach preußischem Rechte ist solche Ausschließung zulässig, die Substitution aber dann nur als Zuwendung des Erbschaftsüberrestes aufzufassen.[18]

f) Der Nacherbe kann vom Vorerben Sicherstellung nach Maßgabe der Bestimmungen über den Nießbrauch fordern, also dann, wenn seine Lage als gefährdet erscheint.[19] Ob dies in Folge einzelner Ueberschreitungen seiner Befugnisse Seitens des Vorerben der Fall ist, ist Thatfrage. Der Nacherbe im Falle einer Gefährdung hat, wenn ihm nicht vollständige Sicherheit gestellt wird, die Befugniß Zwangsverwaltung zu beantragen.[20]

---

gegen den Vorerben erstreiten könnten. Anfechtung im Falle der Kollusion ist dem Nacherben möglich; als Nebenintervenient hat er auch hiervon abgesehen das Recht zur Einlegung von Rechtsmitteln gegen ungünstige Entscheidungen. Das entgegengesetzte Princip hat Wienstein a. a. O. S. 325, welcher die Analogie des Nießbrauches zu streng durchzuführen sucht und die eigenthümlichen Zwecke, welche der Testator bei der Anordnung der fideikommissarischen Substitution verfolgt, nicht in die Wagschale legt. Bei Striethorst Archiv Bd. 9 S. 99 wird der Fiduciar nur für berechtigt erklärt, „unbeschadet der Rechte des Fideikommißerben" Prozesse zu führen, die den Nachlaß betreffen, was sehr verschiedene Lösungen offen ließe. Unbedingt für befugt zur Vertretung des Nachlasses erachtet den Nacherben Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 86.

14) Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 893.

15) Vgl. L. R. I, 12 § 467, I, 21 §§ 16. 132. Ob und inwieweit der Fiduciar dem Fideikommissar gegenüber als verpflichtet erscheint, Nachlaßgegenstände zu versichern oder die Summe der Versicherung zu erhöhen, die der Erblasser unter anderen Verhältnissen nahm, ist Frage des konkreten Falles. Die Entscheidung bei Simon Rechtssprüche Bd. 1 S. 126 erscheint uns keineswegs unbedingt maßgebend.

16) L. R. I, 12 § 470. Das Inventar kann ein gerichtliches oder ein eidlich zu bestärkendes Privatinventar sein. Die Kosten wird der Nacherbe zu tragen haben, jedenfalls können sie der Erbschaft entnommen werden.

17) Das römische Recht kennt eine derartige Verbindlichkeit nicht. Sie wird aber von älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern anerkannt, codex Fabrianus lib. 6 tit. 27 def. 25, tit. 31 def. 2. Carpzov jurispr. for. p. III, const. 8 def. 39.

18) L. R. I, 12 § 471.

19) L. R. I, 12 § 472, vgl. unten § 160 Anm. 17. Nach römischem Rechte konnte der Fideikommissar schlechthin Sicherheit fordern. Hierin lag das Gegengewicht gegen das freie Verfügungsrecht, welches dem Fiduciar bis zum justinianischen Veräußerungsverbote über den Nachlaß zustand.

g) Da der Nacherbe bereits mit dem Tode des Erblassers ein Anrecht auf die Erbschaft erhält, welches er auf seine Rechtsnachfolger im Falle seines Todes selbst vor Eintritt des Substitutionsfalles überträgt,[21] so kann er dieses Recht[22] vom Zeitpunkt des Todes des Erblassers an veräußern.

§ 159. Eintritt des Substitutionsfalles.

1. Während nach römischem und gemeinem Rechte der Universalfideikommissar nur einen Anspruch auf Restitution des Nachlasses hatte und in die Stellung eines Erben erst durch die Seitens des Fiduciars vollzogene Restitution eintrat,[1] läßt das preußische Recht den Nachlaß mit Eintritt des Substitutionsfalles von Rechtswegen auf den Substituten übergehen.[2] [3] Daneben besteht natürlich die Pflicht des Fiduciars zur thatsächlichen Restitution des in seinen Händen befindlichen Nachlasses. Entsagt jedoch der fideikommissarische Substitut in rechtsbeständiger Weise seinem Successionsrechte, so verbleibt der Nachlaß dem Fiduciar dauernd.[4]

---

20) Veränderungen der Substanz, welche keine Verschlechterungen enthalten und auch dem Fideikommissar keinen nachweisbaren Nachtheil bringen, sind dem Fiduciar nicht zu verbieten. Auch hier erweist sich die Analogie des Nießbrauches nicht schlechthin durchführbar. Anderer Ansicht Wienstein bei Gruchot Beiträge Bd. 8 S. 316.

21) L. R. I, 12 § 467.

22) R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 293.

1) l. 37 pr. D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

2) L. R. I, 12 § 466 in den Worten „bis der Substitutionsfall eintritt".

3) Es fragt sich, welche Wirkung es hat, wenn der Fiduciar vor Eintritt des Substitutionsfalles sein Recht aufgeben und den Nachlaß auf den fideikommissarischen Substituten übertragen will? Die römischen Juristen nahmen ursprünglich an, daß in Folge einer früheren Restitution die Erbschaftsklagen auf den Universalfideikommissar zunächst nicht übergingen, l. 10 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1 „quia non ita restituitur hereditas, ut testatur rogavit." Hieran ist natürlich festzuhalten, wenn die Person des fideikommissarischen Substituten sich erst durch künftige Ereignisse bestimmt. l. 41 § 12 D. de leg. III, l. 77 § 10 D. de leg. II. In anderen Fällen aber erkannte man die Zulässigkeit einer früheren Restitution an, l. 12 C. de fideic. 6, 42. Das Gleiche wird man für das preußische Recht annehmen müssen, denn die Zuwendung eines Nachlasses an den Fiduciar bis zu einer gewissen Zeit oder auf Lebenszeit ist in der Regel als Begünstigung gemeint, auf welche dieser also verzichten kann. Im Sinne des Erblassers liegt der Eintritt des Substitutionsfalles auch dann vor, wenn der Fiduciar auf Aushaltung der ihm vergönnten Zeit verzichtet. Vgl. auch L. R. I, 12 § 330, oben § 123 Anm. 8. Anderer Ansicht ist Gruchot Erbr. Bd. 2 S. 90. Eccius Bd. 4 § 275 Anm. 35.

4) Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 100 faßt das Verhältniß der beiderseitigen Erbrechte anders auf. Der Fiduciar habe von Anfang an ein beschränktes Erbrecht. Trete der sein Recht auflösende Zeitpunkt ein, so habe er nach dem Willen des Erblassers aufgehört, Erbe zu sein, gleichviel, ob der berufene Nacherbe an seine Stelle trete oder nicht. Gelange die fideikommissarische Substitution nicht zur Wirksamkeit, so könne das einmal erloschene Recht des Vorerben nicht wieder aufleben. Es sei vielmehr das Testament, so weit die Substitution reiche, kraftlos geworden und damit die gesetzliche Erbfolge eröffnet. Dies sei eine nothwendige Abweichung von dem römisch-rechtlichen Grundsatz, wonach die fideikommissarische Substitution nur eine

2. Auf den Nacherben sind die allgemeinen Grundsätze über Erbschaftserwerb anzuwenden.[5] Insbesondere läuft ihm von der Kenntniß des Eintrittes des Substitutionsfalles an die gesetzliche Ueberlegungsfrist, innerhalb deren er der Erbschaft entsagen kann. Hatte der Vorerbe gesetzmäßig ein Inventar aufgenommen, so sind die Ansprüche der Gläubiger und Legatare endgültig auf den Betrag des Nachlasses beschränkt und können nur in dessen Höhe gegen den Nacherben geltend gemacht werden, auch wenn dieser kein Inventar errichtet. Fraglich ist aber, ob dann, wenn der Vorerbe die Errichtung versäumt hat, der Nacherbe das Inventar für sich nachholen und die Ansprüche, welche den Erbschaftsgläubigern ihm gegenüber erwachsen, auf den hiernach sich ergebenden Nachlaßbetrag beschränken kann. Dafür spricht, daß den Erben, und zu diesen gehört der fideikommissarische Substituterbe, der Vorbehalt des Inventars allgemein offen gestellt ist. Holt der Nacherbe das Inventar nicht nach, so haftet auch er den Erbschaftsgläubigern mit dem eigenen Vermögen.[6]

3. Mit Eintritt des Falls seiner Berufung wird der Nacherbe unmittelbar Eigenthümer der Nachlaßsachen, auch ohne deren Uebergabe.[7] Daher kann er seine Eintragung als Eigenthümer der Nachlaßgrundstücke im Grundbuch, gestützt auf das Testament, fordern, ohne daß die Zustimmung

---

dem wahren und alleinigen Erben auferlegte Last bildete, die mit dem Fideikommiß nothwendig wegfiel. Nur dann läge der Fall anders, wenn das Testament den Willen des Erblassers klar erkennen lasse, daß das Erbrecht des Fiduciars nur für den Fall erloschen sein solle, daß der Fideikommissar an seine Stelle treten könne und wolle, also das angeordnete Fideikommiß zur Wirksamkeit gelange. Dies verstehe sich aber nicht von selbst. Dieser Ausführung können wir nicht beitreten. Der Fiduciar ist Erbe und Eigenthümer, und diese Rechte erlangen Unbeschränktheit, wenn die beschränkenden Gegenrechte wegfallen. Gegen die Ansicht von Gruchot spricht auch die Analogie des Anwachsungsrechtes, wonach die ausfallende Portion eines eingesetzten Erben den testamentarischen Miterben, und nicht den gesetzlichen Erben anheimfällt. Nach Gruchot wären ferner die gesetzlichen Erben des Erblassers im Zweifel eventuell substituirt. Sie müßten befugt sein, ihre eventuelle Anwartschaft im Grundbuche vermerken zu lassen, was unannehmbar ist.

5) So auch R. G. Bd. 16 S. 43.

6) So auch R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 891. Nach römischem Rechte hat der Fideikommissar, da er nicht wahrer Erbe ist, selbständig die Rechtswohlthat des Inventars nicht. Aeltere gemeinrechtliche Praktiker gestatteten sie ihm zum Theil dennoch, so codex Fabrianus lib. 6 tit. 11 def. 24. Die Schriftsteller über preußisches Recht erklären sich durchweg für die Rechtswohlthat, vgl. Bornemann Bd. 6 S. 105, Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 96, Koch Erbrecht S. 1071. Letzterer bemerkt, der Nacherbe werde das Inventar erst nach der Besitznahme errichten können und es sei daher hier ein Fall gegeben, in welchem der Richter die Frist auf Ansuchen zu verlängern habe, wenn die Ueberlieferung der Erbschaftssachen dem Nacherben ungebührlich vorenthalten werde.

7) Dies gilt auch für Gegenstände, welche der Vorerbe veräußerte, ohne daß dies durch die Verwaltung der Erbschaft gefordert war, vgl. oben § 158 Buchst. b. Doch kann der Fideikommissar auch statt der veräußerten Nachlaßsachen deren Erlös vom Vorerben beanspruchen. Vgl. Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 91 und dort in Anm. 3 Angeführte.

des Vorerben nöthig ist.[8] Nur wenn der Eintritt des Falls der Nachfolge zweifelhaft ist, bedarf es der Anerkennung des eingetragenen Vorerben oder dessen Verurtheilung zu derselben.[9]

4. Der Nachlaß geht auf den Nacherben in dem Zustande über, in welchem er sich bei Eintritt des Substitutionsfalles befindet. Die zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen Früchte gehören zum Nachlasse.[10] Die Früchte des letzten Jahres sind zwischen dem Vorerben und dem Nacherben nach den Grundsätzen des Nießbrauches zu theilen. Auch die Erbschaftsschulden und Vermächtnißansprüche hat der Nacherbe zu tragen.[11] Eine etwaige Vergrößerung durch Schuld oder Verzug des Vorerben, beispielsweise durch dessen Schuld verfallene Vertragstrafen, hat er zu tragen, wogegen es ihm freisteht, seinen Rückgriff gegen den Vorerben zu nehmen.[12] Neue Verpflichtungen, die der Vorerbe mit Rücksicht auf den Nachlaß übernahm, gehen auf den Nacherben nicht über. Ob der Vorerbe ihretwegen einen Anspruch gegen den Nacherben hat, ergiebt sich aus den Grundsätzen über Verwendungen.

5. Mit dem Eintritt des Substitutionsfalles treten die Rechte, die zwischen dem Erblasser und dem Erben vor dem Anfalle der Erbschaft bestanden, wenn sie durch Konfusion untergegangen waren, von Rechtswegen wieder in Kraft.[13]

6. Der Nacherbe hat im Zweifel keine Ansprüche auf Zuwendungen, welche der Vorerbe nicht als Erbe, sondern auf Grund eines singulären Titels erhielt, z. B. durch Legat eines Voraus.[14] Dagegen erstreckt sich die Substitution desselben auf Erbtheile, die durch Anwachsung oder in Folge einer Vulgarsubstitution an den Vorerben gelangten.[15]

---

8) Vgl. G. B. O. vom 5. Mai 1872 § 51 Abs. 2.

9) Entsprechend G. B. O. § 53.

10) Der weitergehende Grundsatz des römischen Rechtes: fructus ante aditam hereditatem in restitutionem veniunt, l. 27 § 1 D. h. t. 36, 1, hat nach preußischem Rechte keine Anwendung.

11) Denkbar ist, daß der Erblasser ein Vermächtniß bloß dem Vorerben auflegt, als Last der Nutzungen der Zwischenzeit.

12) Codex Fabrianus lib. 6 tit. 27 def. 10. Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 95. Auch die während der Besitzzeit des Fiduciars unbezahlt gebliebenen Zinsen der Erbschaftsschulden verbinden den Fideikommissar, vgl. l. 58 § 2 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1.

13) L. R. I, 16 § 481 und oben Bd. 2 § 103 letzter Absatz.

14) Natürlich handelt es sich dabei um eine Interpretationsfrage. Nach l. 16 C. de fideic. 6, 42 begriff die Auflage „quidquid ex hereditate ad eum pervenerit, post mortem restituere" auch die Prälegate, jedoch vorbehaltlich des Gegenbeweises.

15) Die Frage ist gemeinrechtlich sehr bestritten, vgl. Mommsen Erört. aus dem Obligationenrecht Heft 1 S. 71 ff. Für das preußische Recht fällt in das Gewicht, daß nach L. R. I, 11 § 458 sich sogar das Recht des Käufers der Erbschaft im Zweifel auf den anwachsenden Theil erstreckt. Es muß das Gleiche um so eher beim Substituten gelten, Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 94.

7. Dem Nacherben steht, wenn der Substitutionsfall eintritt, die Erbschaftsklage zu, sämmtliche erbschaftliche Klagen gehen aktiv und passiv auf ihn über. Zwischen dem Vorerben und dem Nacherben bestehen gegenseitige persönliche Klagen.[16]

§ 160. Fideikommiß auf den Ueberrest.[1]

I. Nicht selten soll sich die fideikommissarische Substitution nur auf das erstrecken, was bei eintretendem Substitutionsfalle aus dem Nachlasse beim Vorerben vorhanden ist. Einen derartigen Sinn hat die Substitution, wenn der Erblasser dem Vorerben die unbeschränkte Verfügung über den Nachlaß zugewiesen hat, oder, wenn er dem Nacherben verboten hat, die Vorlegung eines Inventars zu verlangen, da er hiermit dem Vorerben offenbar die unbeschränkte Verfügung über den Nachlaß sichern wollte.[2] Insbesondere häufig sind unter Ehegatten Testamente, wonach der Ueberlebende im Besitze des ungetheilten Nachlasses mit freier Verfügung bleiben soll, die gemeinsamen Kinder aber oder sonstige Verwandte auf das beim Tode des Längstlebenden Vorhandene eingesetzt werden. Solche Verfügungen wurzeln zum Theil in der wirthschaftlichen Nothwendigkeit ferneren Zusammenhaltens der Mittel der Ehegatten zur Fortsetzung eines Erwerbsgeschäftes, an welches die Erhaltung der Familie geknüpft ist. Die freie Verfügung wird dem Ueberlebenden zuweilen nur bis zu seinem Uebergange zu einer zweiten Ehe eingeräumt.[3]

II. Das klassische römische Recht gestattete beim Universalfideikommiß ejus quod superfuturum erit, dem Fiduciar jede bona fide Verfügung über den Nachlaß.[4] Justinian hingegen glaubte Streitigkeiten durch die Bestimmung abschneiden zu können, daß der Vorerbe bei einem solchen Fideikommiß über drei Viertel der Erbschaft frei unter Lebenden verfügen, das letzte Viertel des Nachlasses aber nur in bestimmten Nothfällen angreifen dürfe.[5]

III. Das preußische Recht hat dies nicht übernommen. Vielmehr hat der Vorerbe die freie Verfügung über die gesammte Erbmasse unter Lebenden, bloße Freigebigkeit ist ihm aber nicht gestattet.[6]

---

16) Vgl. L. R. I, 12 § 467.

1) L. R. I, 12 § 468 ff. Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 102. Korn Güterrecht der Eheleute S. 235 ff.

2) L. R. I, 12 § 471. — Anders oben § 138 bei Anm. 10.

3) Korn a. a. O. S. 249.

4) l. 54 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1, l. 58 § 8 D. eod.

5) Nov. 108.

6) L. R. I, 12 §§ 468. 469. Remuneratorische Schenkungen sind dem Vorerben gestattet R. G. Bd. 29 S. 289. — Der Erblasser kann dem Vorerben auch Verfügungen

a) Ein solcher Vorerbe kann auf lästigen Titel hin die Nachlaßgegenstände veräußern, ohne daß dem Nacherben ein Einspruchsrecht zusteht oder nach Eintritt des Substitutionsfalles ein Rückforderungsrecht erwächst. Der Vorerbe ist befugt, zu verzichten und Vergleiche zu schließen, soweit in diesen Geschäften keine bloße Freigebigkeit liegt. Seine Gläubiger können die Nachlaßsachen als Gegenstände einer Zwangsvollstreckung in Anspruch nehmen. Sie können auch durch Eintragung einer Zwangshypothek, durch Pfändung und Arrestlegung ein Pfandrecht erlangen, welches dem Nacherben selbst dann entgegensteht, wenn der Vorerbe vor der Zwangsveräußerung stirbt.[7] Wird über das Vermögen des Vorerben Konkurs eröffnet, so werden auch die mit dem Fideikommiß belasteten Nachlaßsachen in die Konkursmasse gezogen; da aber der Konkurs den Konkursgläubigern kein Pfandrecht gewährt, so kann das noch nicht Veräußerte von dem Nacherben aus der Masse vindicirt werden, wenn der Vorerbe während des Verfahrens verstirbt.[8]

b) Hat der Vorerbe unstatthafte Schenkungen vorgenommen, so kann der Nacherbe nach Eintritt des Substitutionsfalles gegenüber dem Beschenkten, und nach Maßgabe allgemeiner Grundsätze auch Dritten gegenüber auf Rückgewähr klagen. Es steht ihm sofort der Anspruch auf Schutz durch einstweilige richterliche Verfügungen, äußerstenfalls behufs Einleitung einer Zwangsverwaltung offen.[9] Verfügungen des Vorerben von Todeswegen über den Nachlaß zum Nachtheil des Substituten sind nichtig.[10]

c) Zweifelsohne ist der Vorerbe auch befugt, den Nacherben wegen etwaigen Dolus auf Schadensersatz zu belangen; es gilt dies für böswillige Verschlechterungen wie Entäußerungen. Kollubirte der dritte Erwerber, so steht gegen ihn eine Rückforderungsklage offen.[11]

---

von Todeswegen und Schenkungen durch besondere Anordnung erlauben, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1038.

7) Unter der Herrschaft des früheren Rechtes hatten angelegte Arreste und Pfändungen nur die Wirkung, den Schuldner in der Disposition zu beschränken, ohne dem Arrestleger und dem Pfändenden selbständige Rechte zu gewähren, es waren daher, wenn der Vorerbe vor dem Verkaufe starb, den Nacherben die zur Pfandkammer gebrachten, noch nicht verkauften Nachlaßmobilien herauszugeben. Anders nach der R. C. P. O. § 709, sowie dem Gesetze über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 6 ff., vgl. oben Bd. 1 § 364[a], Korn Güterrecht S. 238 ff.

8) Kohler Zeitschrift für vergl. Rechtswissenschaft Bd. 4 S. 38 bestreitet dies. Auch der Konkurs begründe ein Exekutionspfand, eine dingliche Belastung, welche dem Nacherben entgegenstehe. Dies ist nicht anzunehmen, vgl. oben Bd. 2 § 114 Anm. 2.

9) Nach römischem Rechte konnte der Fideikommissar, wie es scheint, das Verschenkte nach Vornahme der Schenkung herausfordern, nicht erst nach dem Tode des Fiduciars, l. 54 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. So auch für das preußische Recht Korn Güterrecht S. 240. Doch wird man den Fideikommissar auf den Ueberrest nicht besser stellen können als die gewöhnlichen Universalfideikommissare.

10) L. R. I, § 468.

11) Korn Güterrecht S. 247. Vgl. auch oben Bd. 2 § 294 Anm. 17 und R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 974. Sicherstellung kann der fideikommissarische Substitut nicht

d) Besonders wichtig ist die Frage, ob in dem Fideikommiß des Ueberrestes nur begriffen sind die noch in Natur vorhandenen Erbschaftsgegenstände oder auch solche Gegenstände, welche an deren Stelle getreten sind, wie namentlich die aus dem Verkaufe von Nachlaßstücken ausstehenden Kaufpreise, und die für die Nachlaßgelder angeschafften Staatspapiere oder Hypothekenkapitalien.[12] Meist behauptete man früher, daß Alles, was der Fiduciar in solcher Weise aus dem Nachlasse erworben habe, sein freies Eigenthum werde, weil nach preußischem Rechte der Grundsatz nicht gelte, daß der Preis an die Stelle der Sache tritt.[13] Allein hierauf kommt es nicht an, vielmehr kann nur entscheiden, was nach der Absicht des Erblassers in das Fideikommiß fallen sollte. Und hiernach wird man nicht zweifeln, daß Alles, was ersichtlich aus dem Nachlasse stammt und sich im Besitze des Vorerben bei dessen Tode befindet, vom Fideikommiß ergriffen wird. Von selbst versteht es sich aber, daß der Ertrag des Fideikommisses sowie Gewinn, welchen der Vorerbe durch Thätigkeit und Spekulation machte, nicht in das Fideikommiß fällt.[14]

e) Was Früchte und Zinsen anlangt, so muß man auch hier bei der Auseinandersetzung die allgemeinen Grundsätze des Landrechts zur Anwendung bringen, wonach verhältnißmäßige Theilung des Ertrages des letzten Jahres einzutreten hat, wie sie bei Beendigung des Nießbrauches vorgeschrieben ist. Zinsrückstände und noch vorhandene Früchte früherer Jahre verbleiben dem Vorerben, welcher sie nach dem Tode des Erblassers erwarb, da sie nicht Bestandtheile des Nachlasses, sondern einen dem Vorerben unbelastet zufallenden Ertrag desselben bilden.[15]

f) Bestritten ist, ob der Nacherbe vom Vorerben auch beim Fideikommiß des Ueberrestes ein Inventar über den Nachlaß und dessen eidliche Bestärkung fordern kann, falls der Erblasser hierüber nichts vorgeschrieben hat.

---

verlangen, weil er kein Recht darauf hat, daß ihm etwas Bestimmtes verbleibt. L. R. I, 12 § 472 ist daher auf solche Fideikommisse nicht anwendbar.

12) Papinian entscheidet in der l. 70 § 3 D. de leg. II: quum autem rogatus quidquid ex hereditate superexit post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non videtur l. 71, l. 72 D. eod.

13) Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 108 behauptet namentlich, in Ermangelung einer Specialvorschrift sei man nicht befugt, jenes Surrogiren als vom Gesetz gewollt anzusehen, vgl. Korn Güterrecht S. 239. Es kann indessen in letzter Linie nur auf den Willen des Erblassers ankommen. Unsere Ansicht theilt R. G. Bd. 7 S. 207 ff. in beachtenswerther Ausführung.

14) Hiernach wird zu beurtheilen sein, inwieweit der Nacherbe auf eine etwaige Lebensversicherungssumme Anspruch hat, welche der Vorerbe mit den Mitteln des Nachlasses anschaffte.

15) l. 58 § 7 D. ad S. C. Treb. 36, 1. Natürlich ist auch eine weitergehende Absicht des Erblassers möglich. So in dem Falle der l. 3 § 2 D. de usuris 22, 1.

Das Obertribunal hat dies verneint.[16] Allein es besteht keine gesetzliche Bestimmung, welche den Vorerben bei derartigen Fideikommissen von dieser dem Vorerben nach allgemeiner gesetzlicher Regel obliegenden Pflicht befreit. Auch hat der fideikommissarische Substitut ein wesentliches Interesse bei der Inventarlegung, da sie das wichtigste Hülfsmittel giebt, um dereinst bei der Absonderung des Nachlasses vom Vermögen des Vorerben festzustellen, was zum Erbschaftsüberreste gehört.

g) Auch der auf den Ueberrest eingesetzte Fideikommissar kann Eintragung seiner Anwartschaft auf die Nachlaßgrundstücke im Grundbuche fordern, da der Vorerbe immerhin nur eine beschränkte Verfügungsmacht hat.[17]

§ 161. Pupillarsubstitutionen.[1]

I. Von hoher Bedeutung war im römischen Leben die Pupillarsubstitution, mittels deren der Vater seinem unmündigen in der Gewalt befindlichen Kinde einen Erben für den Fall ernannte, daß dasselbe nach ihm in den Jahren der Unmündigkeit verstarb.[2] Es war hierbei erfordert, daß sich der Vater selbst ein gültiges Testament errichtete[3] und sich einen Erben ernannte, da die Pupillarsubstitution einen, wenn auch besonderen, Theil seines Testamentes bildete. Der Vater konnte dem Pupillen, selbst dann, wenn er ihn grundlos enterbte, substituiren,[4] er war nicht verpflichtet, die Notherben seines Kindes zu berücksichtigen.[5]

16) Striethorst Archiv Bd. 21 S. 288. Gegen das Obertribunal Scharnweber der letzte Wille und der Erbvertrag, Potsdam 1861, S. 9 ff., Gruchot Erbr. Bd. 2 S. 104 ff., Korn bei Behrend a. a. O. S. 160, Güterrecht S. 236 ff., Johow App. Ger. Bd. 4 S. 52. Für die Entscheidung des O. Trib. Eccius Bd. 4 § 275 Anm. 22, Koch Kommentar zu L. R. I, 12 § 471. Auf L. R. I, 12 § 471 berufen sich die Gegner mit Unrecht. Denn wenn hier bestimmt ist, daß, falls der Erblasser die Legung eines Inventars verboten hat, das Fideikommiß des Erbschaftsüberrestes unterstellt werde, weil sich aus jenem Verbote die Absicht des Erblassers ergiebt, den Vorerben in der Verfügung über den Nachlaß möglichst wenig einzuschränken, so folgt hieraus nicht umgekehrt, daß da, wo ein Fideikommiß des Ueberrestes angeordnet ist, dem Vorerben ohne Weiteres die Vorlegung eines Inventars erlassen sei. Es besteht also kein Grund dafür, von der allgemeinen Regel des § 470 abzugehen. Vgl. auch R. G. Bd. 27 S. 220.

17) Eintragung einer Kaution kann er nicht fordern, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 973.

1) L. R. II, 2 § 521 ff.

2) Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 §. 89. Der Pupillarsubstitut ist nach der ausgebildeten Auffassung des römischen Rechtes Erbe des Kindes und in keiner Weise Erbe des Vaters, wohl aber wird er ernannt in einem Testamente des Vaters. Hieraus erklärt sich der unverkennbare Dualismus des Institutes. Manche und auch Windscheid Bd. 3 § 558 Anm. 7 nehmen eine Gegenströmung an, nach welcher der Gewalthaber in der römischen Pupillarsubstitution in der That sich, und nicht dem Kinde einen Erben ernannte.

3) Gaj. Inst. II, § 180, unum testamentum duarum hereditatum; l. 2 § 4 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6; l. 2 § 1, l. 10 § 4 D. h. t. pater de suo legat.

4) l. 1 §§ 2 u. 3, l. 10 § 5 D. h. t. 28, 6.

5) l. 8 § 5 D. de inoff. test. 5, 2.

II. Im neueren Rechte ist das Institut kein Bedürfniß, weil die fideikommissarische Substitution entwickelt und der Vater durch sie in den Stand gesetzt ist, über seinen Nachlaß für den Fall des Versterbens seines unmündigen Kindes Vorsorge zu treffen. Der Volksauffassung aber ist der Gedanke fremd, daß der Vater über Kindesvermögen, welches nicht von ihm herstammt, statt seines Kindes letztwillige Verfügungen treffen kann.

III. Dennoch hat die römische Pupillarsubstitution dem Landrecht Veranlassung gegeben, besondere gesetzliche Bestimmungen zu treffen.[6]

1. Die Eltern können ihren Nachlaß selbstverständlich für den Fall des Versterbens des eingesetzten Kindes in der Unmündigkeit mit einer Substitution belasten. Dem Vater, sowie der Mutter des Kindes ist aber für diesen Fall das besondere Recht verliehen, auch den dem Kinde hinterlassenen Pflichttheil mit der Substitution zu beschweren.[7]

2. Dem Vater allein ist freigestellt, dem Kinde für den Fall, daß es in der Unmündigkeit verstirbt, einen Erben — Pupillarsubstituten — auf das gesammte bei dessen Tode vorhandene Vermögen desselben zu ernennen, mag es vom Testator oder von einem Dritten herrühren.[8] Der Pupillarsubstitut hat während der Lebenszeit des Kindes noch keine Erbrechte. Er überträgt, wenn er vor dem Kinde sterben sollte, nichts auf seine Erben.[9] Eine Eintragung seiner Anwartschaft auf die Grundstücke des Kindes bei dessen Lebzeiten ist unstatthaft,[10] ebenso das Begehren einer Sicherstellung. Erst dann, wenn das Kind in der Unmündigkeit verstirbt, erwächst das Erbrecht des Substituten an dessen Nachlaß, und geht fortan auf seine Erben über.

Das Recht zur Anordnung einer derartigen Pupillarsubstitution ist dadurch bedingt, daß der Vater bis zu seinem Tode die Ausübung der Gewalt

---

6) Ueber die Motive, welche die Redaktoren leiteten, vgl. Anm. zum gedruckten Entwurfe des Gesetzbuches Th. 1 S. 223. Mehrere Monenten verlangten die Abschaffung des Institutes, Suarez rechtfertigte seine Beibehaltung in dem amtlichen Schlußberichte vorzugsweise aus dem Gesichtspunkte des dem Vater zu schenkenden Vertrauens. Jahrb. Bd. 41 S. 143.

7) Im § 521 des Titels wird ausgesprochen, daß „Aeltern" fideikommissarisch substituiren können, im § 522 wird dies Recht in Ansehung „beider Aeltern" auf den dem Kinde hinterlassenen Pflichttheil erstreckt. Wenn nun auch nach L. R. I, 1 § 40 unter Eltern und Kindern die Verwandten in aufsteigender und absteigender Linie zu verstehen sind, so kann sich der Ausdruck „beide Aeltern" doch nur auf Vater und Mutter beziehen. Hiermit stimmen auch überein Aeußerungen von Suarez, welche sich gegen die Ausdehnung des Vorrechts auf die Großeltern erklären. So auch Entsch. des O. Trib. Bd. 4 S. 15, dagegen Koch an verschiedenen Orten z. B. Erbrecht S. 546 ff., und Bornemann Bd. 6 S. 107 Anm. 2, für das O. Trib. auch Eccius Bd. 4 § 251 Anm. 115.

8) Vgl. Turnau Grundbuchordnung Bd. 2 § 106.

9) L. R. II, 2 § 543. Ueber die gerichtliche Eröffnung solcher Anordnungen vgl. unten § 215 Anm. 8.

10) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 28 S. 212. Anders in Fällen der fideikommissarischen Substitution, oben § 158 Buchst. a und § 160 Buchst. g.

über sein Kind hat.[11] Wurde dasselbe also mit Einwilligung des Vaters von einem Dritten an Kindesstatt angenommen, so erlischt die etwa vorher angeordnete Pupillarsubstitution.[12] Das Gleiche ist der Fall, wenn die väterliche Gewalt sonst, z. B. zur Strafe des Vaters, erlischt, oder im Augenblicke des Todes desselben auch nur ruht. Der Adoptivvater hat das Recht des natürlichen Vaters über das Vermögen des Kindes weder unter Lebenden noch auf den Todesfall[13] und kann daher nicht pupillariter substituiren, ebensowenig der Einkindschaftsvater.[14]

Es ist nicht erforderlich, daß der Vater für sich ein Testament errichtet und sich einen Erben ernennt. Daher kann die Pupillarsubstitution gültig sein, obschon die vom Vater gleichzeitig für sich getroffenen testamentarischen Anordnungen ungültig waren.[15] Die Formen eines Testamentes müssen aber für die pupillarischen Anordnungen gewahrt sein.

Der Vater kann die Pupillarsubstitution nur anordnen in Beziehung auf Kinder, welchen er mindestens den Pflichttheil hinterläßt oder die er in guter Absicht enterbt hat.[16]

3. Die — unter 1 und 2 — dargestellten Privilegien sind dadurch beschränkt, daß durch sie der Nachlaß des Kindes Fremden, welche mit dem Kinde nicht — auch nicht außerehelich — blutsverwandt sind, nicht zugewendet werden kann.[17] Denjenigen Personen ferner, welchen ein Pflichttheil aus dem Nachlasse des Kindes zusteht, kann ihr gesetzlicher Erbtheil nicht entzogen oder geschmälert werden, es lägen denn Gründe vor, aus welchen das Kind selbst, wenn es letztwillig verfügen könnte, zur Enterbung berechtigt sein würde.[18] Voll- und halbbürtige Geschwister, sowie Geschwisterkinder können von der Erbfolge nicht ganz ausgeschlossen werden, wenn nicht Enterbungsgründe bestehen, welche die Ausschließung von Descendenten oder Ascendenten rechtfertigen würden und auf Geschwister anwendbar sind.[19] [20]

---

11) Vgl. l. 2 pr., l. 41 § 2 D. h. t.

12) L. R. II, 2 § 542.

13) L. R. II, 2 § 694.

14) Vgl. L. R. II, 2 § 733.

15) L. R. II, 2 § 525 ff. Anders l. 1 § 3 D. h. t. 28, 6: nam sine heredis institutione nihil in testamento scriptum valet.

16) Vgl. L. R. II, 2 §§ 524, 419 und unten § 203.

17) L. R. II, 2 § 537. Koch zum Paragraphen erachtet dies nur für anwendbar, wenn Verwandte des Kindes vorhanden sind. Daß sich die hervorgehobenen Beschränkungen auch auf den von den Eltern herrührenden Pflichttheil beziehen, ergiebt L. R. II, 2 § 544.

18) L. R. II, 2 § 530 ff. Frühere, z. B. Crelinger Erbrecht S. 174, nahmen an, daß der Erblasser den Pflichttheilsberechtigten nur den Pflichttheil nicht entziehen dürfe. Dem widerspricht die Entgegenstellung des gesetzlichen Erbtheiles und des Pflichttheiles. So das O. Trib., Entsch. Bd. 45 S. 248 und die neueren Schriftsteller.

19) L. R. II, 2 § 532 und § 531.

Pupillarische Anordnungen werden kraftlos, wenn das Kind das 14. Jahr vollendet hat. Hat der Erblasser dem Kinde über die Unmündigkeit hinaus substituirt, so ist hierin eine einfache fideikommissarische Substitution zu sehen.[21]

4. Im römischen Recht war die Pupillarsubstitution gewöhnlich, daher so begünstigt, daß man sie als gewollt unterstellte, wenn der Erblasser Jemanden einem Pupillen vulgariter substituirt hatte;[22] dagegen war streitig, ob auch umgekehrt, wer dem Kinde nur pupillarisch substituirt war, als Vulgarsubstitut desselben anzusehen sei.[23] Nach preußischem Recht gilt zwar die Pupillarsubstitution zugleich als gemeine, die gemeine Substitution aber keineswegs als Pupillarsubstitution.[24]

IV. Der Vater, sowie — wenn dieser fehlt oder von seinem Rechte keinen Gebrauch macht — die Mutter, haben hinsichtlich ihrer wahnsinnigen, blödsinnigen und solcher tauben oder stummen Kinder, welche selbst nicht letztwillig verfügen können, dieselben Rechte, wie sie der Vater bezüglich seines unmündigen Kindes hat.[25]

Diese Rechte stehen den Eltern jedoch dann nicht zu, wenn jene Kinder, ehe sie in den Zustand der Unfähigkeit geriethen, letztwillig verfügt haben.

Die Unfähigkeit des Kindes muß zur Zeit des Todes des Erblassers bestanden haben, daß sie bereits zur Zeit der Errichtung des Testamentes vorhanden war, ist nicht unerläßlich.[26]

Die elterliche Verfügung wird kraftlos, wenn das Kind nach ihrer Errichtung die Fähigkeit selbständiger Verfügung gewinnt, sei dies vor oder nach dem Tode des Testators. Sie bleibt kraftlos, auch wenn das Kind in Folge eines Rückfalles später wieder unfähig wird.[27] Sie verliert auch dann ihre Kraft, wenn das Kind mit Hinterlassung einer Ehefrau oder ehelicher Abkömmlinge verstirbt.[28]

---

20) Wo die drei ersten Titel des L. R. suspendirt sind, gelten die aufgeführten Beschränkungen der Pupillarsubstitution des Vaters nicht.

21) Dies nahm eine Entscheidung der Gesetzeskommission vom 27. Juli 1781 an, es ist übrigens selbstverständlich. Anderer Ansicht Bornemann Bd. 6 S. 112 Anm. 1.

22) l. 4 C. de impuberum 6, 26.

23) Vgl. l. 4 D. h. t. 28, 6.

24) L. R. I, 12 § 60.

25) Vgl. L. R. II, 2 § 545 ff. Vorbild war die römische Quasipupillarsubstitution, § 9 C. de impuberum 6, 26, § 1 J. de pup. subst. 2, 16. Nach derselben konnten alle Ascendenten quasipupillariter substituiren. Es ist aber bestritten, ob hierin eine bloße fideikommissarische Substitution in den Nachlaß des Testators liegt, oder eine Erbeinsetzung in das eigene Vermögen des Kindes. Dernburg Pand. Bd. 3 § 90.

26) L. R. II, 2 § 547.

27) L. R. II, 2 § 553.

28) L. R. II, 2 § 551.

Siebentes Kapitel.

Andere Arten von letztwilligen Verfügungen.

§ 162. Allgemeines. Der Modus.

I. Das ältere römische Recht erkannte nur 4 bestimmte Arten letztwilliger Verfügungen an, nämlich auf dem Gebiete des Vermögensrechtes die Erbeinsetzungen und die Vermächtnisse, auf dem des Personenrechtes die Vormundschaftsernennungen und die Freiheitsertheilungen. In der römischen Kaiserzeit wurden auch Anordnungen anderer Art berücksichtigt. Unter diesen erhielt vorzugsweise Bedeutung der Modus,[1] mittels dessen einem Bedachten Handlungen oder Unterlassungen aufgelegt wurden. Der Erbe konnte vom Legatar[2] ferner der Miterbe vom Miterben[3] Erfüllung eines Modus erzwingen, indem er Kaution beanspruchte. Wo ein staatliches oder religiöses Interesse obwaltete, griff auch die Obrigkeit ein.[4] Als rechtlich unverbindlich galten aber Anordnungen, welche als bloße Wünsche oder Rathschläge nur das eigene Interesse dessen, an welchen sie sich richteten, bezweckten, die s. g. nuda praecepta.[5]

II. In Deutschland erachtete man nach der Reception des römischen Rechts alle letztwilligen Anordnungen des Erblassers für rechtsbeständig, an welchen derselbe ein vernünftiges Interesse hatte, namentlich solche, durch welche er die Schicksale seines Vermögens nach seinem Tode in nicht geradezu unangemessener Weise zu bestimmen suchte. Man betrachtet hiernach im gemeinen Recht auch Vorschriften als rechtsverbindlich, welche dem Bedachten Auflagen und Beschränkungen in dessen eigenem Interesse machen, beispielsweise Verfügungen, wonach der Ertrag eines Erbtheiles dem Bedachten behufs seines Lebensunterhaltes gesichert und dasselbe demgemäß durch einen Administrator verwaltet werden sollte.[6] Nach preußischem Recht

1) Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 84. Beispiele „ut monumentum testatori vel opus municipibus faceret" l. 17 § 4 D. de cond. et dem. 35, 1 „ut Maeviam uxorem, quae vidua est, ducat" l. 71 § 1 D. eod. Darüber, wer belastet werden kann, vgl. oben § 136.

2) l. 40 § 5 D. de cond. et dem. 35, 1.

3) Dies im familiae erciscundae judicium l. 18 § 2 D. fam. erc. 10, 2.

4) l. 50 § 1 D. de her. pet. 5, 3, vgl. aber auch l. 7 D. de annuis legatis 33, 1.

5) l. 71 pr. D. de cond. et dem. 35, 1. Titio centum ita, ut fundum emat, legata sunt, non esse cogendum Titium cavere, quoniam ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret, l. 114 D. de leg. I. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 84 Buchst. a.

6) Man berief sich auf die l. 7 D. de annuis legatis 33, 1. In höherem Maße ist von Gewicht die auf der modernen Anschauung beruhende Praxis, vgl. u. A. Mühlenbruch bei Glück Bd. 43 S. 391, Elvers Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. 4 S. 114 ff., Seuffert Archiv Bd. 15 Nr. 139, Entsch. des O. Trib. Bd. 71 S. 300 ff.

vollends ist die Geltung derartiger Verordnungen unbestritten.[7] Doch verbinden die in Form von Auflagen gefaßten allgemeinen Ermahnungen des Erblassers zur Tugend, Ordnung, Sparsamkeit, selbstverständlich den Erben oder Legatar nur in seinem Gewissen.[8]

1. Die Verwirklichung der vom Erblasser getroffenen Auflagen kann, wenn sie Legataren oder einzelnen Erben aufgelegt sind, durch die Erben betrieben werden. Nicht selten wird der Erblasser durch Ernennung von Testamentsvollziehern oder Administratoren für sie Sorge tragen. Insbesondere ferner sind die Verwaltungsbehörden für befugt erklärt, auf Erfüllung von Anordnungen zum allgemeinen Besten zu dringen, z. B. wenn der Erblasser verfügt, daß seine Gemäldesammlung erhalten und dem Publikum geöffnet bleiben solle.[9] Auch der Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit hat möglichst für Aufrechthaltung letztwilliger Anordnungen bemüht zu sein. Dies entspricht seinen allgemeinen Aufgaben. Daher hat der Grundbuchrichter Anträgen auf Eintragung einer letztwilligen Zuwendung nur stattzugeben, wenn die Auflagen, welche der Erblasser in Verbindung mit seiner Zuwendung traf, gleichzeitig zur Einschreibung kommen.[10]

2. Der Erbe oder Legatar, welcher sich durch eigenes Verschulden außer Stand setzt, den Anordnungen des Erblassers nachzukommen, verliert, sofern nicht eine andere Absicht des Testators erhellt, den zugedachten Vortheil.[11] Gegen den eingesetzten Universalerben kann demgemäß der gesetzliche Erbe in solchem Falle auf Herausgabe der Erbschaft klagen. Hat der Erblasser das Betragen des Erben oder Legatars der Aufsicht gewisser Personen unterworfen, so geht gleichfalls bei offenbarer Zuwiderhandlung und deren Fortsetzung trotz vorgängiger gerichtlicher Verwarnung der zugewendete Vortheil verloren.[12]

3. Ist die letztwillige Anordnung ohne Schuld des mit ihr Belasteten unausführbar, weil sie unmöglich oder unerlaubt ist, so behält der Belastete gleichwohl den ihm zugewendeten Vortheil; es sei denn, daß der Zweck des letzten Willens in einer anderen als der von ihm vorgeschriebenen aber doch verwandten Weise zur Durchführung kommen kann.[13]

---

7) L. R. I, 12 § 508 ff., Eccius Bd. 4 § 251 Anm. 71; oben Bd. 1 § 93 bei Anm. 7.

8) L. R. I, 12 § 516.

9) L. R. I, 12 § 514. Vgl. auch oben § 100 Ziff. 3 a. Ende.

10) Dernburg und Hinrichs Preuß. Hypothekenrecht Bd. 1 S. 407 ff.

11) L. R. I, 12 § 510.

12) L. R. I, 12 § 517.

13) L. R. I. 12 §§ 511 und 512, vgl. l. 16 D. de usu et usufructu legato 33, 2, und oben Bd. 1 § 93 bei Anm. 6.

§ 163. Besondere letztwillige Bestimmungen.

Von besonderen Anordnungen, wodurch der Erblasser die Verhältnisse nach seinem Tode regelt, sind folgende zu erwähnen:

1. Der Erblasser kann über seine Bestattung, also namentlich sein Leichenbegängniß, seine Grabstätte und deren Ausschmückung und Pflege Vorschriften treffen, und zwar auch in außergerichtlichen Aufsätzen.[1] Verkehrte, polizeiwidrige oder unsittliche Anordnungen solcher Art aber sind nicht zu beachten.[2] [3]

Miterben können von einander fordern, daß die Bestimmungen des Erblassers über seine Bestattung ausgeführt werden und, wenn sie die Kosten vorlegen, dieselben der Erbmasse anrechnen. Hiervon abgesehen werden solche Auflagen nicht leicht anders gegen die Erben zu erzwingen sein, als wenn der Erblasser durch Bestellung eines Testamentsvollziehers Vorsorge getroffen hat.

2. Dem Erblasser steht es frei, die gerichtliche Siegelung seines Nachlasses zu untersagen.[4] Die Erklärung muß schriftlich abgegeben und dem Gericht zugestellt sein oder mündlich zu gerichtlichem Protokoll geschehen.[5] Hat der Erblasser bei Aufnahme oder Uebergabe seines Testamentes die Siegelung verboten, so ist dieser Erklärung in der auf den Umschlag des Testamentes zu setzenden Registratur Erwähnung zu thun.[6]

Auf das Verbot der Siegelung ist Seitens des Richters dann keine Rücksicht zu nehmen, wenn sich Umstände herausstellen, aus denen sich eine vom Erblasser nicht vorhergesehene Gefahr ergiebt, z. B. wenn die Versiegelung mit Rücksicht auf die Obhut einer Person verboten ist, die beim Ableben des Testators bereits verstorben oder abwesend ist.[7]

Das Verbot des Erblassers kann die dem Gericht obliegende Sicherstellung dann aber nicht ausschließen, wenn Minderjährige oder andere zu Bevormundende zu schützen sind. Bei der Art der Sicherstellung ist jedoch auch hier der letzte Wille des Erblassers möglichst zu beachten.[8]

---

1) L. R. I, 12 § 169.

2) l. 113 § 5 D. de legatis I. Ineptas voluntates defunctorum circa sepulturam, veluti vestes aut si qua alia supervacua ut in funus impendantur, non valere, l. 40 § 2 D. de auro 34, 2.

3) Anordnungen des Erblassers über Verbrennen seiner Leiche, sowie über Oeffnen oder Nichtöffnen seiner Leiche sind auszuführen, soweit nicht polizeiliche Vorschriften oder Anordnungen entgegenstehen.

4) L. R. II, 18 § 372.

5) L. R. II, 18 § 373.

6) A. G. O. II, 4 § 7.

7) L. R. II, 18 § 374.

8) Vgl. oben § 86 Anm. 3.

3. Der Erblasser kann Vorschriften über die Weise der Versilberung seiner Verlassenschaft, die Veräußerung oder Nichtveräußerung von Grundstücken oder anderen Gegenständen, die Fortführung seiner Geschäfte treffen.[9]

Ferner steht ihm frei, die Auseinandersetzung und Theilung unter den Miterben vorzunehmen. Es wurde bereits früher ausgeführt, daß derartige Vorschriften keine Vermächtnisse begründen, daß vielmehr der Erbe das Zugetheilte als Erbe, und nicht als Sondernachfolger erhält.[10] Dies ist z. B. auch anzunehmen, wenn der Erblasser verfügt, daß Nachlaßgrundstücke einem der Miterben gegen Leistung einer Abfindung an die übrigen zufallen sollen. Ist deren Höhe nicht letztwillig bestimmt, so wird sie mittels Taxe ermittelt.[11] In derartigen Fällen werden dem mit dem Grundstück bedachten Miterben dessen Nutzungen vom Tode des Erblassers an zufallen, wogegen er die Abfindungssumme von da an zu verzinsen hat.[12]

4. Der Erblasser ist befugt, dem Erben oder Legatar die Veräußerung von Nachlaßsachen zu verbieten, sei es schlechthin, sei es auf bestimmte Zeit.[13] Nach römischem Recht waren derartige Verfügungen nur gültig, wenn sie zu Gunsten bestimmter dritter Personen getroffen waren, welche dann bedingterweise als Vermächtnißnehmer galten.[14] [15] Nach heutigem und insbesondere nach preußischem Recht sind Veräußerungsverbote auch rechtsgültig, wenn sie bloß im Interesse des Bedachten geschahen, trotzdem daß dieser nicht an sie gebunden sein will.[16]

Unter dem Verbot des Verkaufes ist im Zweifel das jeder anderen Veräußerung, insbesondere der Pfandbestellung, inbegriffen.[17]

Dem Erblasser ist auch gestattet zu verfügen, daß die eingesetzten Erben ihr Erbtheil nicht mit Schulden belasten dürfen, so daß weder ads Kapital noch die nicht abgehobenen Einkünfte dem Arrestschlag oder der Pfändung Seitens der Gläubiger der Erben unterworfen sein sollen.[18] [19]

---

9) Auch die Einsetzung eines Schiedsgerichts kann er anordnen, vgl. R. C. P. O. § 872, oben Bd. 1 § 143 bei Anm. 1.

10) Siehe oben § 137 Ziff. 1.

11) L. R. I, 2 § 116, vgl. Striethorst Archiv Bd. 35 S. 183.

12) Striethorst Archiv Bd. 34 S. 209, arg. L. R. I, 11 § 109.

13) Vgl. L. R. I, 4 §§ 15—18, R. G. Bd. 14 S. 288, oben § 142 Anm. 1[a], R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 1009, Kam. Ger. Bd. 13 S. 139.

14) l. 114 § 14 D. de leg. I, l. 38 § 4, l. 93 pr. D. de leg. III.

15) Nach L. R. I, 12 § 534 soll „ein ohne weitere Bestimmung gegebenes Verbot des Verkaufes" als eine Substitution zu Gunsten der Familie des Bedachten angesehen werden. Selbstverständlich erledigt sich auch solche fideikommissarische Substitution in der dritten Hand. Vgl. oben § 157 a. E.

16) Vgl. angef. R. G. Bd. 14 S. 288.

17) L. R. I, 12 § 535, vgl. oben Bd. 1 § 80 bei Anm. 7 und 9.

18) Vgl. aber auch R. G. Bd. 1 S. 175, oben Bd. 1 § 80 Anm. 4.

19) Inwieweit der Erblasser derartige Verfügungen auch bezüglich des Pflichttheiles des Bedachten treffen kann, ist später festzustellen.

Achtes Kapitel.

Die Testamentsvollzieher.

§ 164. Einleitung. Wesen der Testamentsvollziehung.[1]

I. Die Ernennung von Testamentsvollziehern entstammt dem deutschen Recht, aus dem sie das kanonische übernahm. In Deutschland betrachtete der gesetzliche Erbe — welchen das ältere Recht allein kannte — letztwillige Anordnungen seines Erblassers vielfach als eine ihm aufgedrungene Last, der er nur widerwillig nachkam. Daher pflegte man besondere Vertrauensmänner mit der Ausführung des letzten Willens zu betrauen. Hierzu benutzte man verschiedene Formen, bis sich die letztwillige Bestellung von Testamentsvollziehern herausbildete.[2]

Mit den Grundideen des römischen Erbrechtes, welches man im Wesentlichen recipirte, war freilich die Einsetzung von Testamentsvollziehern nur schwer in Einklang zu setzen.[3] Denn nach römischem Recht ist es der Erbe, und zwar vor Allem der Testamentserbe, welchem die Ausführung des letzten Willens und die Ordnung der Erbschaftsverhältnisse obliegt. Gleichwohl erhielt sich die Ernennung von Testamentsvollziehern aus praktischen Rücksichten. Denn die Erben sind nicht immer geeignet zur Ausführung des letzten Willens, z. B. wenn sie minderjährig, abwesend sind, oder wenn ihre große Zahl die Fassung von Beschlüssen erschwert. Auch hiervon abgesehen, kann die Ernennung eines Testamentsvollziehers, welcher uninteressirt ist, die Gewähr einer größeren Unparteilichkeit und einer sorgfältigeren Ausführung der letztwilligen Anordnungen geben. Um deswillen hat auch das preußische

---

1) L. R. I, 12 § 557 ff., in Verbindung mit L. R. I, 13 Abschn. 1, I, 14 Abschn. 2. Das L. R. I, 12 § 557 ff. hat die Bezeichnung Testamentsvollzieher. Neuere sprechen überwiegend von Testamentsvollstreckern. Bezüglich der Litteratur siehe Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 210 ff., Hinschius Preuß. Anwaltszeitung Bd. 5 S. 753 und Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 1 S. 518, Sturm die Lehre von den Testamentsvollziehern in Jherings Jahrb. Bd. 20 S. 91, Beseler Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 9 S. 144 ff., Erbverträge Theil 1 S. 284 ff.

2) Vgl. über die Geschichte des Institutes Beseler Zeitschrift a. a. O. S. 144 ff. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 390 ff. Auf die bezüglichen älteren Institute des deutschen Rechtes, namentlich das der Salmannen, — vgl. Stobbe Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 7 S. 405 — ist hier nicht einzugehen. Das kanonische Recht erwähnt Testamentsvollstrecker cap. 17, 19 X. de testamentis 3, 26, Clem. de testamentis 3, 6.

3) Oben § 91 Buchst. f. Die Ausrichtung einzelner Geschäfte konnte nach römischem Recht Jemandem letztwillig aufgetragen werden, l. 88 § 1 D. de leg. II, ob aber ein der Art Ernannter ein klagbares Recht darauf hatte, daß ihm die Erben die bezüglichen Mittel einhändigten, war bestritten, vgl. einerseits l. 9 D. al. leg. 34, 1, andererseits l. 78 § 1 D. ad S. C. Trebellianum 36, 1. Letzterer Stelle wird Mühlenbruchs Erklärung a. a. O. S. 395 nicht gerecht.

Recht die Testamentsvollstreckung übernommen. In der Praxis wird von derselben häufig Gebrauch gemacht.

II. Das rechtliche Wesen des Institutes blieb freilich zweifelhaft und bestritten. Manche haben in der Testamentsvollziehung eine Art des Legates sehen wollen.[4] Aber für das Legat ist wesentlich,[5] daß dem Legatar ein Vermögensvortheil auf Kosten des Nachlasses zugewendet wird, der Testamentsvollzieher als solcher erhält keine Vermögenszuwendung, es wird ihm nur eine Aufgabe, nämlich der Schutz der letztwilligen Anordnungen überwiesen. Der Legatar als solcher hat Rechte, nicht Pflichten, der Testamentsvollzieher übernimmt vorzugsweise Pflichten, und hat Rechte nur, soweit sie nothwendig sind, um seinen Pflichten nachzukommen. Diese Verschiedenheiten überwiegen das Gemeinsame, welches darin besteht, daß beide Arten der letztwilligen Anordnung Beschränkungen des Erben enthalten.

Die Testamentsvollziehung ist auch nicht ein einfaches Mandat des Erblassers. Denn sie beruht nicht auf Vertrag, ist nicht willkürlich widerruflich und, wenn übernommen, nicht frei kündbar.[6] Vom gewöhnlichen Mandat ist sie durch die Kluft geschieden, welche die Geschäfte unter Lebenden von denen von Todeswegen trennen.

Die Testamentsvollstreckung bildet vielmehr eine selbständige Art der letztwilligen Anordnungen des Erblassers, mittels deren er eine Vollmacht zur Ausführung seines letzten Willens ertheilt. Hierüber ist man heutzutage überwiegend einig; nicht so, wer als der Vertretene anzusehen ist. Vielverbreitet ist die Auffassung, welche sich in das System des römischen und gemeinen Erbrechts am leichtesten einzufügen scheint, daß der Testamentsvollzieher zwar seinen Auftrag vom Erblasser habe, aber das ihm anvertraute Geschäft im Namen des Erben und als sein Stellvertreter besorge.[7] So sehr sich aber diese Ansicht dem logischen Sinne empfehlen mag, ist sie doch dem Wesen des Institutes nicht entsprechend. Die Folge wäre, daß der Testamentsvollzieher auf Grund des ertheilten Auftrages den Erben durch

4) So Koch Erbrecht S. 339. Dieselbe Auffassung hatte nach Beseler Zeitschrift a. a. O. S. 159, bereits Durandus, welcher sich zuerst mit diesem Institut beschäftigte.

5) Siehe oben § 132.

6) Vgl. die bei Beseler Zeitschrift a. a. O. S. 163 Angeführten, dagegen Beseler a. a. O. S. 166, Hinschius Anwaltszeitung S. 760 ff. L. R. I, 12 § 557 spricht sich dahin aus: „Hat der Erblasser Jemandem die Vollziehung seines letzten Willens aufgetragen, so ist derselbe als ein Bevollmächtigter des Erblassers und die letztwillige Verordnung selbst als seine Vollmacht und Instruktion anzusehen." Hierin liegt wohl ausgesprochen, daß der Testamentsvollzieher eine Vollmacht erhielt, nicht aber, daß das Verhältniß auf ein Mandat zurückzuführen ist.

7) Diese Theorie wird namentlich vertreten durch Gerber deutsches Privatrecht § 265, Unger östr. Erbr. § 27 Anm. 7.

seine Thätigkeit unmittelbar und persönlich verbinden würde.[8] Hiergegen könnte sich der Erbe nicht durch den Vorbehalt des Inventars schützen, da ihm derselbe nur bei Nachlaßschulden, nicht bei eigenen Schulden zu Gute kommt. Was ferner der Testamentsvollzieher etwa erwerben würde, wäre nach dieser Ansicht nicht Nachlaßbestandtheil, sondern persönlicher Erwerb des Erben. Dies würde im Fall von Separationen oder Konkurs über den Nachlaß schwer in das Gewicht fallen und sachwidrig sein.

Wir halten daher die Auffassung für die richtige, wonach der Testamentsvollzieher den Nachlaß vertritt.[9] Daher können wir uns den Ausspruch aneignen, daß der Testamentsvollzieher eine formelle Repräsentation des Erblassers hat.[10] Dabei ist freilich nicht zu übersehen, daß der Nachlaß nur zeitweise und in gewissen Beziehungen als besonderes Vermögen zu behandeln ist.[11]

Die Stellung des Testamentsvollziehers ist keine vormundschaftliche, wenn auch die Analogie der Vormundschaft nahe liegt. Die Vormundschaft wurzelt im öffentlichen Recht, ihre Anordnung ist, wenn der Fall vorliegt, eine nothwendige; die Testamentsvollziehung wird im privaten Interesse letztwillig verfügt, sie ist willkürlich. Daher findet sich zur Uebernahme der Vormundschaft staatlicher Zwang und über ihre Führung staatliche Oberaufsicht; bei der Testamentsvollstreckung aber findet Beides nicht statt.[12]

§ 165. Anordnung der Testamentsvollziehung.

1. Die Anordnung einer Testamentsvollziehuung enthält eine letztwillige Verfügung des Erblassers. Sie hat daher nur soweit Rechtswirkung als der Erblasser befugt ist, seine Erben durch letztwillige Verfügungen

---

8) Randa a. a. O. S. 79. So auch Koch Privatrecht Bd. 2 § 836 und O. Trib. bei Striethorst Archiv Bd. 41 S. 16.

9) Siehe oben § 97 S. 291 ff. In diesem Sinne bezeichnet L. R. I, 12 § 557 den Testamentsvollzieher als „Bevollmächtigten des Erblassers". Das Obertribunal hat sich mehrfach dahin ausgesprochen, daß der Testamentsvollzieher Bevollmächtigter des Erblassers, nicht des Erben sei. So Striethorst Archiv Bd. 8 S. 242, Entsch. Bd. 48 S. 95. Ebenso R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 455, siehe auch R. G. Bd. 25 S. 292.

10) Beseler Zeitschrift a. a. O. Bd. 9 S. 173, Privatrecht Bd. 1 § 143.

11) Eccius, welcher früher den Testamentsvollzieher als Vertreter des Erben behandelte, hat sich in der neuesten Auflage Bd. 4 § 255 S. 447 auf den hier vertretenen Standpunkt gestellt.

12) Die Auffassung des Testamentsvollziehers als Vormund war in älterer Zeit sehr verbreitet, vgl. Beseler Zeitschrift a. a. O. S. 161. Gerade an sie schlossen sich manche Irrthümer, indem man die Analogie der Vormundschaft für Einzelfragen zu verwerthen suchte. Neuerdings hat sich für diese Auffassung Windscheid Pand. Bd. 3 § 567 Anm. 7 erklärt.

zu belasten.[1] Die Wahl der Testamentsvollzieher kann aber vom Erblasser dem Ermessen Dritter, insbesondere von Behörden, überlassen werden, es kann auch den Testamentsvollziehern Zuwahl namentlich im Fall des Abgehens einzelner der Testamentsvollzieher aufgetragen werden.

2. Die Ernennung der Testamentsvollzieher hat ferner folgerecht in den Formen letztwilliger Verfügungen zu geschehen, also mittels Testamentes oder Erbvertrags oder in einem Kodicill.[2] Ein unter Lebenden gegebener und angenommener Auftrag des Erblassers zur Ausführung seines letzten Willens nach seinem Tode ist zwar gültig, giebt aber die Rechte eines Mandatars, und nicht diejenigen eines Testamentsvollziehers.[3] Bestellen die Erben Bevollmächtigte zur Ausführung eines Testamentes, so sind dieselben Vollmachtträger der Erben; es liegt also in einer derartigen Einsetzung nicht die Bestellung eines Testamentsvollziehers in dem besonderen Sinne, in welchem hier der Begriff zu nehmen ist.[4] Auch der Richter hat für die Ausführung des letzten Willens des Erblassers in gesetzlich bestimmtem Maße thätig zu sein und wurde deshalb von älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern nicht selten als allgemeiner Testamentsvollstrecker bezeichnet. Da aber seine

1) Der Erblasser kann daher seine Vertragserben nicht nachträglich durch Anordnung einer Testamentsvollstreckung einschränken. Das Gleiche gilt für den überlebenden Ehegatten, der, in einem wechselseitigen Testament eingesetzt, die Erbschaft des vorverstorbenen angenommen hat, wenn Nacherben ernannt sind, deren Recht ein unwiderrufliches wurde, vgl. unten § 184. Dagegen muß sich der Pflichttheilsberechtigte auch bezüglich des Pflichttheiles die Testamentsvollstreckung gefallen lassen, da er nur ein Anrecht auf den Summenbetrag eines Theiles seines gesetzlichen Erbtheils hat.

2) Vgl. Kam. Ger. Bd. 7 S. 109. So weit letztwillige Vergabungen in erleichterten Formen zulässig sind, können zu ihrer Ausführung mittels derselben Formen Specialtestamentsvollstrecker ernannt werden, Eccius Bd. 4 § 255 Anm. 49.

3) Gemeinrechtlich ist bestritten, ob eine Testamentsvollstreckung auch durch Vertrag unter Lebenden angeordnet werden könne? Dies behauptete Lauterbach de executoribus cap. 3 n. 30, eine Ansicht, die auch in das bayer. L. R. III, 2. 16 n. 2 überging. Die überwiegende Meinung der neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller dagegen geht dahin, daß die Form letztwilliger Verfügungen erfordert sei. Beseler Zeitschrift Bd. 9 S. 181, Glück Bd. 43 S. 406 und Bd. 45 S. 182, vgl. aber auch Gerber P. R. § 285 n. 8. Auch nach preußischem Recht ist die Frage streitig. Ausdrücklich spricht sich das Landrecht nicht aus; doch giebt genügenden Anhalt, daß L. R. I, 12 § 557 die Bestellung als „letztwillige Verordnung" bezeichnet und daß sie ihrem Wesen nach als solche erscheint, folgerichtig also auch deren Form bedarf. Dagegen erklärte ein Reskript vom 19. Mai 1804, daß die Ernennung durch eine Erklärung unter Lebenden oder durch eine letztwillige Verordnung dergestalt geschehen könne, daß es in beiden Fällen keiner Feierlichkeit bedürfe, sondern hinreichend sei, daß die Gewißheit des Willens des Erblassers feststehe. Rabe Samml. Bd. 8 S. 61. Dies ist auch die Ansicht von Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 214, Koch Erbrecht S. 343. Es ist aber der unter Lebenden bestellte Bevollmächtigte des Erblassers kein Testamentsvollzieher im eigentlichen Sinne. Mit Unrecht spricht man daher von einem executor conventionalis.

4) Der durch Vertrag mit den Erben bestellte Testamentsvollzieher unterliegt der Kündigung Seitens der Erben, kann seinerseits kündigen u. s. f. Der Ausdruck executor conventionalis wird auch hier angewendet, ist aber hier gleichfalls unzutreffend.

Verpflichtung nicht auf einer Vollmacht des Erblassers beruht und da er den Nachlaß nicht vertritt, so ist auch dies Verhältniß von dem der letztwillig angeordneten Vollstreckung grundsätzlich verschieden.[5]

3. Zu Testamentsvollziehern können nicht bloß natürliche, sondern auch juristische Personen berufen werden.[6] Auch Ernennung von Behörden ist in dem Sinne zulässig, daß die Testamentsvollstreckung demjenigen obliegt, welcher jeweilen das bezügliche Amt bekleidet.[7] Fähigkeit zur Führung einer *Vormundschaft*[8] ist nicht schlechthin erforderlich, ebensowenig Fähigkeit, aus letztwilligen Verfügungen des Erblassers etwas zu gewinnen.[9] Aus allgemeinen Grundsätzen folgt das Erforderniß, daß der Ernannte sich zur Zeit, in welcher jene Berufung wirksam werden soll, rechtsgültig verpflichten kann. Er darf also in diesem Zeitpunkt nicht mehr minderjährig, nicht geisteskrank oder entmündigter Verschwender sein.[10] Ehefrauen bedürfen der Zustimmung ihres Ehemannes zur Uebernahme der Testamentsvollstreckung.[11]

4. Der Erblasser kann *mehrere* Testamentsvollzieher ernennen. Ihre Zahl ist gesetzlich nicht beschränkt. Hat der Testator über die Vertheilung der Geschäfte oder über die Weise der Verwaltung — kollektiv oder individuell — durch die mehreren Vollstrecker nichts bestimmt: so bedarf es in der Regel der *kollektiven Thätigkeit* Aller, in Nothfällen jedoch ist der Einzelne befugt, allein zu handeln. Können sich die Testamentsvollzieher nicht einigen, so ist die Entscheidung des *Nachlaßrichters* einzuholen.[12]

---

5) Vgl. Mühlenbruch bei Glück Bd. 43 S. 408.

6) Beseler Zeitschrift a. a. O. S. 185. Beispielsweise juristische Fakultäten.

7) Vgl. oben Bd. 1 § 143 Anm. 18.

8) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 21, oben § 82.

9) Die früheren Auflagen verneinten, daß L. R. I, 12 § 136 ff. — oben § 109 — entsprechend auf den Fall anwendbar sei, in welchem der Erblasser in einem mündlichen Testament dem Richter oder einer anderen mitwirkenden Person die Testamentsvollstreckung aufträgt. Ich bin aber zweifelhaft geworden, ob das richtig ist, denn die Testamentsvollstreckung giebt unter Umständen eine sehr gefährliche Macht über den Nachlaß. Ein Schutz der lauteren Aufnahme des letzten Willens ist bezüglich solcher Anordnung fast noch wichtiger, als bei der Zuwendung eines Vermächtnisses.

10) Beseler a. a. O. S. 184 ff. *Ernannt* werden kann also auch eine geschäftsunfähige Person, z. B. ein Minderjähriger. So jetzt auch Eccius Bd. 4 § 255 Anm. 54 gegen Förster.

11) Manche wollten nach Analogie der Vormundschaft *Frauen* schlechthin ausschließen. So auch ein Reskript vom 19. Mai 1804. Diese Ansicht ist unhaltbar, vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 415, Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 216, Eccius a. a. O. *Ausländer*, Gemeinschuldner sind *nicht* ausgeschlossen.

12) Die Bestimmungen von L. R. I, 13 §§ 207. 208 sind zwar im Allgemeinen entsprechend anzuwenden; da aber der Machtgeber nicht mehr eintreten kann, so sind die im Text angegebenen Abweichungen nöthig. Dieselben stimmen überein mit der überwiegenden Meinung gemeinrechtlicher Schriftsteller, Mühlenbruch bei Glück Bd. 43 S. 434; doch läßt Beseler a. a. O. S. 202 bei Meinungsverschiedenheiten Stimmen-

5. Die Uebernahme der Testamentsvollstreckung steht im Belieben des Ernannten. Hat der zum Testamentsvollzieher Ernannte sich durch Vertrag zur Uebernahme verpflichtet, so liegt ein Vertrag über Handlungen vor, welcher im Fall der Nichterfüllung zum Schadenersatz verpflichtet, soweit ein Schade nachweisbar ist.[13]

6. Der Testamentsvollzieher legitimirt sich durch die letztwillige Verfügung. Eine obrigkeitliche Bestätigung seiner Stellung findet für die Regel nicht statt, ebensowenig eine eidliche Verpflichtung oder Ausfertigung einer Bestallung durch den Richter.

§ 166. Umfang der Rechte der Testamentsvollzieher.

1. Der Umfang der Rechte und Pflichten des Testamentsvollziehers ergiebt sich aus dem letzten Willen. Was dieser nicht besonders vorsah, ist nach den Zwecken des Institutes und gemäß allgemeinen Grundsätzen zu ergänzen.

Im engeren Sinne bildet den Inhalt der Testamentsvollstreckung nur die Ausführung der vom Erblasser getroffenen Anordnungen, mögen sie nun in Vermächtnissen oder in anderen Verfügungen bestehen. Die Testamentsvollstreckung kann ein einzelnes Geschäft betreffen — s. g. executio particularis — oder allgemein die Sorge für das vom Testator Verfügte zum Gegenstand haben — s. g. executio universalis. Dem Testamentsvollstrecker wird außerdem nicht selten die Liquidation des Nachlasses, also dessen Versilberung und die Berichtigung der Nachlaßschulden aufgegeben. Diese Aufgabe gilt nicht nothwendig inbegriffen, sie muß vielmehr dem Testamentsvollstrecker zugetheilt sein.[1] Hiernach zerfällt die Testamentsvollstreckung in eine engere und eine weitere.

---

mehrheit den Ausschlag geben, in deren Ermangelung ein Schiedsgericht entscheidet. Eccius Bd. 4 § 255 Anm. 59 in der 6. Auflage führt aus: „Die früheren Ausgaben weisen die Exekutoren zum Prozeß gegen einander, ohne anzudeuten, nach welchen Rechtsnormen solcher Proceß zu entscheiden ist.“ Von einem derartigen Proceß kann nicht die Rede sein. Wäre die Jurisprudenz wirklich impotent die Lücke auszufüllen, so bliebe freilich nichts übrig als zu sagen „die uneinigen Exekutoren können nicht handeln.“

13) Die Testamentsvollstreckung erledigt sich nicht dadurch, daß der eingesetzte Testamentserbe die Erbschaft nicht erwirbt, so daß die gesetzlichen Erben einrücken, denn diese unterliegen den Verfügungen des Erblassers gerade so, wie der Testamentserbe, an dessen Stelle sie treten. Anders nur, wenn die Testamentsvollstreckung bloß mit Rücksicht auf die Person des eingesetzten Erben angeordnet war, R. G. bei Gruchot Bd. 25 S. 437.

1) Den Testamentsvollzieher mit Verwaltungsrecht nennt man executor mixtus im Gegensatz zum executor merus, welcher diese weitergehende Befugniß nicht hat. Da die Liquidation und Verwaltung des Nachlasses in der Testamentsvollstreckung an sich nicht liegt, so setzt ihre Uebertragung einen besonders hierauf gerichteten Willen des Testators voraus. Dies nimmt die Mehrheit der gemeinrechtlichen Schriftsteller an, Beseler Zeitschrift a. a. O. Bd. 9 S. 188 ff., Mühlenbruch Bd. 43 S. 423, vgl.

2. Der Testamentsvollzieher hat stets das Recht, die gerichtliche Eröffnung des Testamentes zu veranlassen. Es liegt ihm ferner ob, die Verwirklichung der Verfügungen zu betreiben, welche seiner Fürsorge unterstellt sind, beispielsweise die nöthigen Schritte zu thun, um die Stiftungen, welche der Erblasser bedachte, ins Leben zu rufen; nicht weniger ist er dazu befugt, die gesetzlich geschuldete Sicherstellung der Legate herbeizuführen, Vormerkungen für die Legatare im Grundbuche zu beantragen, sowie die Bewilligung des Erben zur Eintragung der an Grundstücken vermachten Rechte im Grundbuche zu erzwingen. Ueberhaupt ist zu unterstellen, daß der Erblasser dem Testamentsvollzieher diejenigen Rechte ertheilen wollte, ohne welche er seinem Auftrag nicht gerecht zu werden vermag.[2] Der Testamentsvollzieher kann daher vom Erben auch die Mittel — Gelder oder Sachen anderer Art — fordern, welche zur Erfüllung der letztwilligen Anordnungen nöthig sind,[3] ihn auf deren Leistung verklagen und durch Zwangsvollstreckung zu derselben anhalten.

Hinsichtlich der Weise der Ausführung der Anordnungen des Erblassers ist dessen letzter Wille entscheidend. Der Testamentsvollzieher darf von diesem selbst nicht unter Zustimmung aller Betheiligten abgehen, falls der Erblasser seine Anordnungen ersichtlich seinen Nachfolgern schlechthin aufzwingen wollte.[4] Ist dies nicht anzunehmen, so ist ihm eine Abweichung

---

aber Roth bayer. Civilrecht Bd. 3 S. 805 ff. Daß das preußische Recht von derselben Grundauffassung ausgeht, ergiebt L. R. I, 12 § 558 in den Worten: „ist mit dieser Vollziehung zugleich die Verwaltung des Nachlasses ganz oder zum Theil verbunden.“ Zweifel erregt freilich der aus dem Hofreskript vom 25. Jan. 1796 n. c. c. M. tom. X. p. 55 entnommene Anhangs-§ 157 zu L. R. II, 18 § 421 für den Fall, daß der Erblasser Testamentsvollzieher ernannt hat und eine Pflichttheilsverletzung nicht in Frage steht. Enthält, heißt es da, die Verfügung keine in den Gesetzen erlaubte Ausdehnung oder Einschränkung der Gewalt des Testamentsvollstreckers, so bedarf es keiner gerichtlichen Inventur und die Ausmittelung, Konstituirung und Verwaltung des Nachlasses gehört zu dem Amt und der Zuständigkeit des Testamentsvollstreckers. Es ist jedoch anzunehmen, daß hierbei eine Testamentsvollstreckung vorausgesetzt war, bei welcher dem Vollstrecker die Obsorge für den Nachlaß aufgetragen war. Dies ergiebt auch die Quelle, das Reskript von 1796. So Koch Erbrecht S. 358, Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 224 ff. Anderer Ansicht aber Hinschius Anwaltszeitung Bd. 5 S. 787, Sturm a. a. O. S. 123, vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 455.

2) So auch R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 1186.

3) L. R. I, 13 § 70, Archiv für Rechtsfälle Bd. 2 S. 46. Hat der Erbe dem Testamentsvollzieher die nöthigen Mittel zur Erfüllung seiner Verbindlichkeiten, z. B. der Legate, ausgehändigt und dieser unterschlägt sie, so kann der Erbe nicht noch einmal in Anspruch genommen werden, da er den Anforderungen des Erblassers Genüge geleistet hat.

4) Vgl. L. R. I, 12 § 560. R. G. Bd. 25 S. 292 — vereinigte Civilsenate — bezeichnet daher letztwillig in Verbindung mit einer Testamentsvollstreckung angeordnete Verfügungsbeschränkungen des Bedachten als rechtswirksam, auch wenn kein Dritter dabei interessirt ist, oben § 163 Anm. 13 und 15, so auch R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 718 und Bd. 36 S. 1009. Hiergegen polemisirt Eccius Bd. 4 § 255 Anm. 30. Auch Aeltere z. B. Leyser spec. 374 m. 11 nahmen wohl an: executor testamenti

unter Zustimmung Aller, in deren Interesse die Anordnung getroffen ist, wohl gestattet.

Die älteren gemeinrechtlichen Juristen nahmen an, daß dem Testamentsvollzieher die Befugniß zustehe, zweifelhafte und undeutliche Anordnungen des Erblassers authentisch auszulegen.[5] Die Neueren wollen dies in Ermangelung besonderer Bestimmung des Erblassers nicht mehr gelten lassen;[6] das Landrecht hingegen erkennt dem Testamentsvollzieher diese Befugniß zu.[7] Selbstverständlich kann dessen Entscheidung angefochten werden, wenn dieselbe nicht Zweifel löst, sondern offenbar gegen den letzten Willen verstoßen würde.

3. Ist dem Testamentsvollzieher auch die Verwaltung und die Liquidation des Nachlasses aufgetragen, so hat er auch für Entrichtung der Erbschaftsschulden, Abwickelung schwebender Rechtsverhältnisse, Versilberung der Masse zu sorgen und den Erben schließlich den Reinertrag der Masse auszuhändigen.[8]

a) Ein solcher Testamentsvollzieher kann die Uebergabe der Nachlaßsachen fordern, soweit dies zur Durchführung seines Auftrages nothwendig ist. In Folge der Uebergabe oder richterlichen Einweisung erhält er aber keinen Besitz im technischen Sinne, weder vollständigen[9] noch unvollständigen, da er nicht für sich innehat; vielmehr erlangt er nur die Gewahrsam für den Nachlaß, in letzter Linie für den Erben, in gleicher Art wie ein Sequester oder ein Nachlaßpfleger. Der Testamentsvollzieher, welchem die Gewahrsam des Nachlasses überwiesen ist, wahrt durch rechtzeitige Errichtung eines In-

---

impedire nequit, quo minus heredes et ceteri, quorum interest, unanimi consensu ab ultima testatoris voluntate recedant. — Eine andere Frage ist, ob der Testamentsvollzieher von dem letzten Willen abgehen kann, wenn eine solche Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist, daß die genaue Befolgung der Anordnung dem vom Erblasser im Auge gehabten Zweck entgegenliefe, denn hier ist die Abweichung vom Buchstaben gerade durch die Berücksichtigung des erkennbaren Willens des Testators geboten.

5) So Lauterbach diss. cit. cap. 9 n. 82: declarationes ab ipsis factae perinde habentur, ac si a testatore, cujus sunt organum, provenerint. Hellfeld jurispr. for. § 1503. Zeitweise sah man in der schiedsrichterlichen Stellung des Testamentsvollziehers das Wesen seines Amtes.

6) Beseler a. a. O. S. 196.

7) Vgl. L. R. I, 12 § 561 und oben § 119 Anm. 13.

8) Es ist denkbar, daß der Testamentsvollzieher nur zur Liquidation des Nachlasses ernannt ist, weil Vermächtnisse und andere Auflagen nicht angeordnet sind.

9) Hinschius Zeitschrift für Gesetzgebung Bd. 1 S. 535 schreibt dem Testamentsvollzieher vollständigen Besitz zu. Sein Hauptgrund aber gegen die Annahme bloßer Gewahrsam des Vollziehers, daß nach L. R. I, 7 §§ 144. 145 der Besitzer den bloßen Inhaber, welcher in dessen Namen besitzt, einseitig entsetzen kann, erledigt sich dadurch, daß in diesen §§ nur die Regel vorgetragen wird, die z. B. beim Sequester ebensowenig Platz greift. Die Ansicht von Hinschius bildet Förster um Bd. 4 § 255 Anm. 41: „Sein Besitz ist der des Erben, als dessen Stellvertreter ergreift er ihn und setzt er ihn fort, der vollständige Besitz des Eigenthümers."

ventars den Erben die Rechtswohlthat. Auch muß man annehmen, daß er an Stelle des Erben das Aufgebot der Erbschaftsgläubiger und Legatare beantragen kann.[10]

b) Ob der Testamentsvollzieher, dem die Verwaltung oder Liquidation der Masse überwiesen ist, Nachlaßsachen und Nachlaßforderungen einklagen kann, ist nicht unbestritten.[11] Es liegt jedoch in der Konsequenz seiner Aufgabe, daß es ihm zusteht, dergleichen Ansprüche durchzuführen, um die Masse zusammenzubringen.[12]

Noch weit bestrittener ist, ob Erbschaftsgläubiger und Legatare ihre Ansprüche gegen einen solchen Testamentsvollzieher einklagen können, oder ob sie etwa bloß auf die Klage gegen den Erben verwiesen sind. In der Regel ist die Aufgabe des Testamentsvollziehers nicht die vollständige rechtliche Vertretung des Nachlasses, sondern vorzugsweise die thatsächliche Ordnung der Verhältnisse. Dann wird die Klage der Gläubiger und Legatare im Zweifel nur gegen den Erben anzustellen sein.[13] Das diesem gegenüber gefällte rechtskräftige Urtheil ist auch in die Nachlaßsachen vollstreckbar, welche der Testamentsvollzieher in Händen hat, da diesem ein eigenes Recht an denselben nicht zusteht.[14]

Der Erblasser kann aber auch die Testamentsvollzieher in dem Sinne bestellen, daß sie den Nachlaß den Gläubigern und Legataren gegenüber allein zu vertreten haben.

4. Der Testamentsvollstrecker gilt durch die Testamentsvollstreckung als befugt, alle behufs Ausführung seines Auftrages nothwendigen Handlungen vorzunehmen, zu denen eine allgemeine Vollmacht genügt. Zu Handlungen, zu welchen ein Mandatar eine Specialvollmacht bedarf, ist er nur berechtigt, wenn ihm die Befugniß hierzu durch die letztwillige Verfügung speciell eingeräumt ist.[15] Einer Specialvollmacht bedarf es hiernach unter Anderm

---

10) Das Gesetz vom 28. März 1879 betreffend die Zwangsvollstreckung gegen Beneficialerben § 1 erwähnt freilich des Testamentsvollziehers nicht.

11) L. R. I, 14 § 123 spricht allerdings aus: zu gerichtlichen Klagen und deren Beantwortung ist der allgemeine Auftrag einer Verwaltung in der Regel nicht hinreichend. Allein der Testamentsvollzieher, der in den Besitz des Nachlasses gewiesen wird, hat eine besondere Stellung. Vgl. auch Eccius Bd. 4 § 255 Anm. 41 ff.

12) So auch R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 1186.

13) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 41 S. 14, Bd. 52 S. 122. Förster Bd. 4 § 255 Anm. 47 und 48. Vgl. Eccius a. a. O.

14) Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 38 S. 980. — Anders Eccius Bd. 4 § 255 im Text vor Anm. 42.

15) Entsch. des O. Trib. Bd. 12 S. 223. Es ergiebt sich dies aus der Verweisung auf L. R. I, 13 Abschn. 1 im § 557 des Titels. Man kann die Grundgedanken des L. R. für unrichtig halten, nach denen es eine allgemeine Vollmacht zu zahlreichen Rechtshandlungen nicht für genügend erklärt, man kann es für richtiger erachten, Umfang und Tragweite einer allgemeinen Vollmacht nach Lage des einzelnen Falles zu bemessen.

zur Veräußerung von Grundstücken, Abtretung von Nachlaßforderungen, Empfangnahme von geschuldeten Sachen, Ertheilung von Löschungsbewilligungen über Hypotheken.[16]

Dem Testamentsvollzieher, welchem das Recht der Veräußerung von Grundstücken und eingetragenen Rechten unter Ausschluß der Verfügung des Erben zusteht, kann einen bezüglichen Vermerk im Grundbuche beantragen.[17]

5. Die Stellung des Testamentsvollziehers muß nach dem Zwecke des Instituts dem Erben gegenüber eine selbständige sein. Dem Erben ist daher die Ausübung von Befugnissen entzogen, durch welche er die Erfüllung der dem Testamentsvollzieher übertragenen Aufgabe behindern und durchkreuzen würde.

Streitigkeiten unter den Erben, sie mögen das Erbrecht oder den Umfang desselben oder die Erbtheilung betreffen, berühren den Testamentsvollzieher nicht.[18]

6. Die Vollmacht des Testamentsvollziehers ist eine höchstpersönliche. Er ist daher nicht befugt, sich einen Substituten zu ernennen,[19] wenn ihn der

---

Stellt man sich aber auf den Boden des Landrechts, wonach zu gewissen Handlungen Specialvollmacht verlangt wird, um die Gewißheit des auch hierauf gerichteten Willens des Vollmachtgebers zu erlangen, so besteht kein Grund, bei der Testamentsvollstreckung einem andern System zu folgen. Koch Erbrecht S. 366 bemerkt jedoch, daß es — praktisch — inkonsequent sei, dem Vollstrecker den Besitz von Geld und Werthpapieren zu belassen und ihm die gedachten Befugnisse zu versagen.

16) Siehe die einzelnen Fälle L. R. I, 13 §§ 99—109, vgl. auch oben Bd. 1 § 114 Ziff. 1. Die allgemeine Klausel eines Testamentes, wonach der Testamentsvollzieher auch zu solchen Handlungen ermächtigt sein soll, wozu die Gesetze eine Specialvollmacht erfordern, genügt nicht, weil hiermit die Handlungen nicht angegeben sind, zu welchen der Vollzieher berechtigt sein soll. So Johow App. Ger. Bd. 2 S. 164, dagegen ebendaselbst Bd. 6 S. 171, vgl. aber oben Bd. 1 § 114 bei Anm. 5.

17) Die Testamentsvollstreckung gewährt dem Testamentsvollzieher kein selbstständiges dingliches Recht, sie ist eine Vollmacht, die nach ihrer positiven Seite eine Eintragung im Grundbuch überhaupt nicht fordert. Soweit sie zugleich das Verbot in sich schließt, daß der Erbe selbständig veräußere, bedarf es der Eintragung zur Sicherung solchen Verbots. Sie zu beantragen, ist der Testamentsvollzieher durch das Testament des Erblassers legitimirt, die Einwilligung des Erben ist nicht nothwendig. E. E. G. vom 5. Mai 1872 § 14 ist auf das Verhältniß nicht anwendbar, weil es sich nicht um Eintragung eines „Rechtes" handelt, sondern bloß um diejenige einer Beschränkung des Erben. A. Ansicht Turnau G. B. O. Bd. 2 § 109 Anm. 1. Siehe übrigens auch Dernburg-Hinrichs Pr. Hyp. R. Bd. 1 S. 399 Anm. 23.

18) Der Testamentsvollstrecker ist nach seiner historischen Stellung und den Zwecken seiner Ernennung Wahrer und Hüter des Testaments. Daher erachtet ihn Beseler deutsch. Pr. R. Bd. 2 § 164, ebenso Dernburg Pand. Bd. 3 § 125 Anm. 1 gemeinrechtlich als befugt, das Testament gegenüber den gesetzlichen Erben zu vertheidigen, dagegen freilich R. G. Bd. 32 S. 155. Die preußische Praxis ist aber dahin festgestellt, daß der Testamentsvollstrecker ein derartiges Recht nicht hat. So O. Trib. Entsch. Bd. 33 S. 43, Striethorst Archiv Bd. 21 S. 4 und R. G. Bd. 32 S. 155 und dort Angeführte. Damit stimmt Eccius Bd. 4 § 255 Anm. 43 überein, vgl. aber auch Hinschius Preuß. Anwaltszeitung 1866 S. 789 ff.

19) L. R. I, 13 §§ 37, 38, I, 14 §§ 121, 122.

Erblasser nicht hierzu besonders ermächtigte. Thut er dies dennoch unbefugterweise, so haftet er für Versehen des Substituten, wie wenn es die eigenen wären. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, daß sich der Testamentsvollzieher zur Ausrichtung einzelner Geschäfte eines Vertreters bedient, namentlich wenn er selbst behindert ist.[20]

§ 167. Rechtsgeschäfte des Testamentsvollziehers.

1. Schließt der Testamentsvollzieher behufs Ausführung seines Auftrages Rechtsgeschäfte ab, so entsteht die Frage, für wen dies geschieht, wer hierdurch berechtigt und verpflichtet wird?

Der Testamentsvollzieher ist, wenn er in dieser Eigenschaft Geschäfte schließt, insbesondere Verpflichtungen übernimmt, persönlich nicht betheiligt, da er nicht in eigenem Namen handelt.[1] Daraus folgt aber nicht, daß er den Erben unmittelbar wie ein Vertreter desselben berechtige und verpflichte. Vielmehr tritt er für den Nachlaß auf. Der Erbe wird daher aus derartigen Verbindlichkeiten, z. B. wegen Entwährung, sowie wegen Mängel verkaufter Nachlaßsachen, nicht anders verpflichtet, wie aus Nachlaßschulden überhaupt. Hat der Erbe unter dem Vorbehalt des Inventars erworben, so haftet er aus denselben also nur mit dem Nachlaß. Neuer Erwerb, welchen der Testamentsvollzieher für die Masse macht, vergrößert den Nachlaß.[2] Die Gläubiger des Erblassers können mithin solchen Erwerb namentlich im Fall des Konkurses über den Nachlaß, in Anspruch nehmen.

2. In Folge des neueren Grundbuchrechtes ist die Frage hervorgetreten, ob der Testamentsvollzieher, welcher über Nachlaßgegenstände verfügt, insbesondere Grundstücke veräußert, Hypothekenkapitalien abtritt und auf den Cessionar umschreiben läßt, vorher die Einschreibung auf den Namen

---

20) L. R. I, 14 § 122. Striethorst Archiv Bd. 71 S. 182. Aehnlich Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 437.

1) Der Testamentsvollzieher kann daher aus den von ihm in dieser Eigenschaft geschlossenen Geschäften höchstens zur Leistung aus dem Nachlaß verklagt werden. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 8 S. 242.

2) In einem bei Johow App. Ger. Bd. 7 S. 244 mitgetheilten Falle waren die Testamentsvollzieher vom Erblasser ermächtigt, die Nachlaßgrundstücke zu verkaufen, ausstehende Forderungen einzuziehen und darüber zu quittiren, wie auch die Nachlaßforderungen abzutreten. Nachdem die Testamentsvollzieher gewisse Grundstücke verkauft hatten, frug es sich, ob sie ermächtigt seien, über die auf den Namen der Erben eingetragenen Kaufgelderrückstände zu verfügen. Dies wurde a. a. O. mit Recht bejaht. Die Kaufgelderforderungen bildeten einen Theil des noch ungetheilten Nachlasses, so daß die Testamentsvollzieher über sie in gleicher Art, wie über die übrigen Nachlaßaktiven verfügen konnten und mußten, um die Nachlaßregulirung und Vertheilung endgültig zu bewirken.

des Erben veranlassen muß. Dies wird vielfach um deswillen behauptet, weil der Erbe der Eigenthümer jener Gegenstände ist und die Veräußerung im Endergebniß für ihn geschieht. Allein der Testamentsvollzieher handelt nicht in Vollmacht des Erben, sondern in derjenigen des Erblassers. Dies genügt, um die Dazwischenschiebung der Eintragung des Erben unnöthig erscheinen zu lassen. Der Nachweis der Rechtsnachfolge, welche der Erwerber zu erbringen hat, um zur Eintragung zu gelangen, führt nicht durch den Erben hindurch, denn der Erbe kann unbekannt sein, ja völlig fehlen, ohne daß das Recht des Erwerbers hierdurch berührt wird. Ist es auch richtig, daß das Gesetz zu den bezüglichen Buchoperationen die Bewilligung des „eingetragenen Eigenthümers" fordert, so bezieht sich diese Regel doch nicht auf die besonderen Fälle, in welchen der eingetragene Eigenthümer eine gesetzlich anerkannte Vollmacht zur Veräußerung gegeben hat.[3]

Andererseits hat man behauptet, daß die Befugniß des Testamentsvollziehers zur Veräußerung von Grundstücken mit dem Zeitpunkte erlösche, in welchem der Erbe seine Eintragung als Eigenthümer bewirkt hat, weil eine Auflassung nur durch den eingetragenen Eigenthümer oder in dessen Vollmacht vollzogen werden könne, der Testamentsvollzieher aber eine Vollmacht des Erben nicht habe.[4] Auch dies ist nicht richtig, denn der Testamentsvollzieher hat ein vom Erben unabhängiges Recht der Veräußerung, welches, wie es neben dessen Eigenthum besteht, so auch durch dessen Eintragung als Eigenthümer nicht berührt wird.[5]

3. Erwirbt der Testamentsvollzieher Grundbuchsobjekte für den Nachlaß, so kann er die Eintragung des Erben auf dieselben beantragen, da der Nachlaß, wenn er auch noch ein Sondervermögen bildet, in Folge des Erbanfalles dem Erben gehört. Ist der Erbe noch nicht zu bestimmen, so kann die Eintragung zu Gunsten dessen erfolgen, welcher sich als solcher legitimiren wird wie derartige Eintragungen auch von Nachlaßpflegern genommen werden.

---

3) Bei Johow App. Ger. Bd. 7 S. 210 werden zwei Entscheidungen des Kammergerichts mitgetheilt, welche beide mit Berufung auf verschiedene Aeußerungen des Obertribunals zu entgegengesetzten Ergebnissen kommen. In der einen wird die Eintragung des Erben für überflüssig erklärt, da der Testamentsvollzieher Bevollmächtigter des Erblassers sei, nach der anderen vertritt er nur den Erben, welcher Eigenthümer ist, so daß dessen Eigenthum vorher eingetragen werden muß. Kam. Ger. Bd. 2 S. 114 stand im Wesentlichen auf unserem Standpunkte, aber Bd. 13 S. 143 hat es denselben verlassen.

4) Neubauer Kontroversen aus dem preußischen Grundbuchrecht S. 6 behauptet, daß der Testamentsvollzieher mit dem Antrage auf Eintragung des Erben äußerlich erkennbar gemacht habe, daß er nur mit dessen Zustimmung über dasselbe verfügen wolle; dies sei, äußert er, beim Berliner Stadtgericht als unzweifelhaft angesehen worden. Gleiche Entscheidung findet sich bei Johow App. Ger. Bd. 7 S. 147.

5) Kam. Ger. Bd. 13 S. 150, vgl. auch Bd. 6 S. 80 das.

§ 168. Rechte und Pflichten des Erben gegenüber dem Testamentsvollzieher.

1. Dem Erben erwachsen gegenüber dem Testamentsvollzieher ähnliche Ansprüche, wie sie einem Vollmachtgeber gegen den Bevollmächtigten, und einem Geschäftsherrn gegen einen Verwalter zustehen. Auch diese Ansprüche des Erben sind erbschaftliche.

a) Soweit der Nachlaß oder Theile des Nachlasses in die Gewahrsam und Verwaltung des Testamentsvollziehers getreten sind, hat derselbe den Erben Rechnung zu legen.[1] Um deswillen ist der Testamentsvollzieher verpflichtet, ein Inventar bei Uebernahme der Verwaltung zu errichten, welches der Rechnung zur Grundlage dient.[2] [3]

Kann aber der Erblasser den Testamentsvollzieher von Aufnahme eines Privatinventars und von Rechnungslegung gegen den Erben entbinden? Die Vormundschaftsordnung erklärt eine derartige Befreiung des Vormundes für unzulässig.[4] Dies muß auf die Testamentsvollstreckung Anwendung finden, denn hierbei handelt es sich nicht um eine Sonderbestimmung der Vormundschaftsordnung, welche der Analogie nicht fähig wäre, vielmehr um eine Folgerung aus dem Wesen der Verwaltung fremden Vermögens. Die Rechenschaftspflicht des Verwalters fremden Vermögens liegt im öffentlichen Interesse.

b) Der Testamentsvollzieher haftet wie ein Bevollmächtigter oder auch Verwalter für Versehen.

c) Da sich die Klage gegen den Testamentsvollzieher auf die ihm ertheilte Vollmacht des Erblassers gründet,[5] so ist sie wie eine kontraktliche zu behandeln, sie unterliegt also nicht der dreijährigen Verjährung außerkontraktlicher Ansprüche. Dies gilt aber nur für die Klage des Erben, weil dieser an Stelle des Vollmachtgebers steht. Andere bei der gehörigen Ausführung der Testa-

---

1) Nach L. R. I, 14 § 139 ist bei längerer als einjähriger Verwaltung jährlich Rechnung zu legen.

2) Dies wird gemeinrechtlich allgemein angenommen, vgl. Mühlenbruch bei Glück Bd. 43 S. 416. Auch die Schriftsteller des preußischen Rechtes erachten dies für zweifellos.

3) Auch der Offenbarungseid kann vom Testamentsvollzieher, welcher verwaltet hat, nach A. G. O. I, 22 §§ 28, 29 Ziff. 1 gefordert werden, Striethorst Archiv Bd. 79 S. 350. Die landesgesetzlichen Normen über den Offenbarungseid sind von der Reichscivilprozeßordnung nicht berührt, Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 16 Ziff. 3.

4) Vgl. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 §§ 35. 68, oben § 83 bei Anm. 9 und 13, § 88 bei Anm. 4.

5) Vgl. L. R. I, 12 § 557. A. Ansicht Sturm a. a. O. S. 106. Die Frage, durch welche Rechtsmittel die gegenseitigen Rechte und Verbindlichkeiten zwischen dem Testamentsvollzieher und den Erbinteressenten geltend zu machen seien, ist gemeinrechtlich sehr streitig. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 441.

mentsvollstreckung interessirte Personen können Ansprüche gegen den Testamentsvollzieher nur unmittelbar auf dessen Verschuldung gründen. Ihre Ansprüche unterliegen daher der dreijährigen Verjährung der außerkontraktlichen Schadensklagen.

2. Dem Testamentsvollzieher erwächst wegen Verwendungen und Auslagen eine Klage gegen den Erben, gegenüber dem Beneficialerben nur bis zum Betrag des Nachlasses.[6]

3. Honorar kann der Testamentsvollzieher nur beanspruchen, wenn es ihm der Erblasser zugebilligt oder der Erbe zugestanden hat. Leistete er jedoch Dienste, welche zu seinem Berufe gehören, so darf er hierfür Vergütung ohne Weiteres in Anspruch nehmen.[7]

§ 169. Beendigung der Testamentsvollziehung.

Die Testamentsvollstreckung endigt,

1. mit dem Tode des Testamentsvollziehers, sofern der Erblasser nicht für diesen Fall andere Personen an dessen Stelle berufen hat.[1] Die Obrigkeit hat — von besonderer Bestimmung des Testators abgesehen — weder Pflicht noch Recht, einen anderen Vollzieher zum Ersatz des Wegfallenden zu ernennen.[2] Dem Tode steht dauernde Handlungsunfähigkeit insbesondere durch Geisteskrankheit gleich.

Ob, wenn Einer von mehreren Ernannten wegfällt, die Befugniß der Uebrigen, welche mit ihm eine Kollektivvollmacht hatten, erlischt, ist Absichtsfrage,[3] die nicht unter allen Umständen zu bejahen ist.

2. Es ist bestritten, ob der Testamentsvollzieher das übernommene Amt niederlegen kann. Gemeinrechtlich spricht man sich meist für die Verneinung aus,[4] wobei indessen die Niederlegung aus Gründen, welche, wenn sie von Anfang an bestanden hätten, die Ablehnung vermuthlich herbeigeführt hätten, für zulässig erklärt wird. Auch nach preußischem Recht wird man, hiervon abgesehen, Unzulässigkeit der Aufkündigung annehmen müssen, da es im Sinne der Uebernahme der Testamentsvollziehung liegt, dieselbe zu Ende führen zu wollen.[5]

---

6) Zutreffend äußert daher Carpzov jurispr. for. p. III const. 13 def. 38 in fine: executor testamentarius expensas, si quas fecerit, ex bonis hereditariis repetere valet. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 448.

7) Vgl. L. R. I, 13 §§ 74. 75.

1) Vgl. L. R. I, 13 § 186.

2) Anders Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 438 Anm. 38, vgl. Beseler Zeitschrift a. a. O. Bd. 9 S. 179.

3) Vgl. cap. 2 § 1 in 6to de testament. 3, 11, Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 434.

4) Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 438.

3. Die Testamentsvollstreckung endigt durch Widerruf des Erben, wenn Umstände eingetreten sind, deren Eintreten voraussichtlich auch den Erblasser zum Widerruf bestimmt hätten.[6] Der Widerruf ist hiernach vor Allem im Fall einer erheblichen Pflichtwidrigkeit des Vollziehers zulässig, aber auch aus anderen triftigen Gründen, welche im Streitfall der richterlichen Beurtheilung unterliegen.[7]

4. Die Testamentsvollstreckung hört mit der Erledigung der aufgetragenen Geschäfte auf. Zeitliche Beschränkung des Amtes durch das Gesetz besteht nach preußischem wie nach gemeinem Recht nicht, übermäßige Verzögerung in der Erledigung der Geschäfte kann aber einen Grund zum Widerruf durch den Erben abgeben.

5. Wird über den Nachlaß Konkurs eröffnet, so endet, da der letzte Wille des Erblassers nicht mehr ausführbar ist, die Testamentsvollstreckung gleichfalls, mindestens so lange als das Verfahren schwebt.[8]

Neuntes Kapitel.

Entkräftung letztwilliger Verfügungen.[1]

§ 170. Einleitung. Entkräftung ohne den Willen des Erblassers.

1. Zu unterscheiden sind die Fälle, in welchen eine letztwillige Verfügung von vornherein ungültig ist, s. g. testamentum nullum, von denjenigen der nachträglichen Entkräftung eines gültigen letzten Willens.

Wann ein solcher von vornherein, z. B. wegen mangelnder Fähigkeit des Testators, wegen Nichtbeobachtung der Form — testamentum non jure factum — oder wegen mangelnder Vollendung — testamentum imperfectum — der Geltung entbehrt, ergiebt sich aus den bisherigen Ausführungen. Nur die Entkräftung gehörig errichteter letzter Willensmeinungen ist beson-

5) Eccius Bd. 4 § 255 Anm. 63 nimmt an, es bestehe kein rechtlicher Grund für die Annahme, daß die Testamentsvollstreckung nicht willkürlich niedergelegt werden könne. Allein es liegt dies in der Besonderheit dieser Vollmacht, vgl. auch L. R. I, 13 § 172.

6) Vgl. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 82 Abs. 1.

7) Vgl. R. G. Bd. 23 S. 205. Die Analogie des Vormundschaftsrechtes V. O. § 63 ist keine zwingende, umsoweniger als dem Vormundschaftsgericht in der Anforderung von Kautionen ein Mittel gegeben ist, den Vormund unschädlich zu machen, welches hier fehlt. Eccius Bd. 4 § 255 Anm. 74 erkennt nur Untreue und Pflichtwidrigkeit als Widerrufsgründe an. Sollte aber das Recht zum Widerruf nicht eintreten, wenn der Testamentsvollzieher nothgedrungen, z. B. als Gesandter, lange Zeit abwesend ist? Eccius wird wohl darin eine Pflichtwidrigkeit sehen, daß der Testamentsvollzieher trotzdem sein Amt nicht niederlegt, und so das Widerrufsrecht begründen. Zu solchem Umweg nöthigt nichts. Vgl. auch Bolze R. G. Bd. 7 Nr. 258.

8) Konk. O. §§ 202—208, Eccius Bd. 4 § 255 Anm. 75.

1) L. R. I, 12 § 563 ff.

ders zu behandeln. Dabei ist die Entkräftung durch Testamente und Kodicille gemeinsam zu besprechen. Es beruht auf bloß geschichtlichen Gründen, wenn dies in den romanistischen Darstellungen nicht zu geschehen pflegt.

2. Die Entkräftung einer letztwilligen Verfügung kann ohne Aenderung des Willens des Testators oder in Folge einer solchen eintreten.

Unabhängig vom Willen des Testators werden letztwillige Verfügungen kraftlos

a) dadurch, daß der Erblasser unfähig wird, eine letztwillige Verfügung zu hinterlassen;[2] im heutigen Recht handelt es sich hierbei um seltene Fälle,[3]

b) dadurch, daß die Bedachten vor dem Erblasser wegsterben, oder die Zuwendung ausschlagen, sei es, daß sie der Erbschaft rechtzeitig entsagen oder die Vermächtnisse zurückweisen.

Der Umstand, daß die letztwillig Berufenen nicht erwerben, hat heutzutage die Entkräftung der ihnen aufgelegten Vermächtnisse und sonstiger letztwilligen Anordnungen nur zur Folge, wenn diese Verfügungen bloß die Person des Wegfallenden belasten sollten.[4]

c) Es giebt einige Fälle des s. g. Notherbrechts, bei welchen an sich gültig errichtete letztwillige Verfügungen hinterher kraftlos werden.[5]

d) Mehrere Fälle des Unterganges der Vermächtnisse ohne einen hierauf gerichteten Willen des Erblassers wurden früher besprochen.[6] Es gehört hierher völliger Untergang des vermachten Gegenstandes, Veräußerung desselben, Ueberschuldung des Nachlasses. Das Vermächtniß wird auch in Folge eines s. g. concursus duarum causarum lucrativarum wirkungslos, wenn der Legatar durch einen wohlthätigen Vertrag oder sonst unentgeltlich das Eigenthum der ihm vermachten Sache erwarb.[7]

§ 171. Widerruf letztwilliger Verfügungen.

1. Der Erblasser ist zur beliebigen Zurücknahme seiner letztwilligen Verfügungen, — der Testamente, wie der Kodicille — befugt.[1] Dies Recht

2) Nach römischem Rechte spielte dieser Verlustgrund eine große Rolle. Es gehörte hierher der Fall der capitis deminutio media und maxima, namentlich Deportation, und Verlust der Freiheit, l. 6 § 5 ff. D. de injusto rupto testamento 28, 3.

3) Hierher kann die Aufhebung einer letztwilligen Verfügung durch Aufnahme in eine öffentliche Anstalt zur unentgeltlichen Verpflegung gezählt werden, L. R. II, 19 § 50 ff., unten § 193 bei Anm. 15.

4) Siehe oben § 136 bei Anm. 10 und 12.

5) L. R. II, 2 §§ 450. 454. 456, unten § 208 Anm. 7 und 11.

6) Vgl. oben § 142.

7) L. R. I, 12 § 380, § 6 J. de legat. 2, 20.

1) L. R. I, 12 § 564. Thiel der Widerruf letztwilliger Verfügungen 1882. l. 4 D. de adimendis legatis 34, 4: ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad

kann er sich nicht durch einseitige Erklärungen entziehen, welche die Abänderung oder Aufhebung ausschließen sollen,[2] ebensowenig kann er erschwerende Formen für künftige Verfügungen mit rechtsverbindlicher Kraft im Voraus feststellen.[3] Wenn jedoch der Erblasser ausdrücklich in seinem Testamente verordnet hat, daß keine schriftlichen Aufsätze, welche sich in seinem Nachlasse finden werden, gültig sein sollen, hat es hierbei sein Bewenden.[4]

Die Aufhebung einer letztwilligen Verfügung ist nach preußischem Rechte dem Erblasser möglich entweder mittels Widerrufs, oder durch Errichtung einer neuen entgegenstehenden Verfügung, oder durch Zurücknahme aus der gerichtlichen Verwahrung.

2. Im älteren römischen Rechte war der einfache Widerruf eines Testamentes nicht anerkannt.[5] Denn ein solcher bildet eine letztwillige Verfügung, welche sich nur negativ verhält, eine positive Anordnung bezüglich der Beerbung aber nicht trifft, so daß hierfür auf die gesetzliche Erbfolge zurückzugehen ist. Dies entsprach aber nicht der Anforderung der inneren Vollständigkeit und Geschlossenheit, welche die älteren römischen Juristen an die letzte Willenserklärung stellten. Seit der Kaiserzeit jedoch erhielt der Widerruf als solcher in Rom gewissen Raum. Denn absichtliche Zerstörung der Testamentsurkunde durch den Erblasser vernichtete das Testament.[6] In der christlichen Kaiserzeit galt auch der bloß wörtlich erklärte Widerruf des

---

vitae supremum exitum, vgl. l. 6 C. qui test. facere 6, 22. Savigny System Bd. 8 S. 447 führt aus, daß jeder Testator anzusehen sei als handelnd in zwei verschiedenen Zeitpunkten, dem einen, in dem er das Testament errichtet, und dem Augenblick des Todes, worin er das früher errichtete Testament unverändert hinterläßt; das erste könne man die faktische, das zweite die juristische Thätigkeit des Erblassers nennen, nur das Produkt der zweiten Thätigkeit könne und solle wirken, das der ersten bleibe in der ganzen Zwischenzeit der unbeschränkten Willkür des Testators unterworfen. Gegen diese Auffassung haben sich mit Recht die Späteren, insbesondere Lassalle System der erworbenen Rechte Th. 1 S. 474 ff. ausgesprochen. Nicht darauf kommt es an, ob der Erblasser den bezüglichen Willen zur Zeit seines Todes hatte, wobei man nur mit Fiktionen operiren würde. Maßgebend ist vielmehr, daß ein späterer entgegenstehender formgerechter Wille nicht von ihm erklärt wurde, damit die testamentarische Verfügung als die letzte des Erblassers Rechtskraft hat.

2) Man pflegt eine solche Erklärung eine clausula derogatoria zu nennen. Vgl. Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 173 ff. l. 22 pr. D. de leg. III. Vertragsmäßiger Verzicht auf die Aenderung des Testamentes wird in der Regel einen Erbvertrag in sich schließen und ist dann, wenn er die Form und die Voraussetzungen eines solchen hat, selbstverständlich rechtsbeständig, siehe Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 209. Anders, aber nicht zutreffend Hartmann Erbverträge S. 47. Für das preußische Recht ist noch zu vergleichen L. R. II, 1 § 494, unten § 182 Anm. 9.

3) l. 6 § 2 D. de jure codicillorum 29, 7. l. ult. pr. D. de leg. II.

4) Vgl. L. R. I, 12 § 163. Vgl. übrigens auch Anhang § 35. Hierzu siehe oben § 118 Anm. 6.

5) § 7 J. q. m. t. infirm. 2, 17: ex eo autem solo non potest infirmari testamentum, quod postea testator id noluerit valere. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 258. Anders bei Soldaten, l. 15 § 1 D. de test. mil. 29, 1.

6) l. 1 § 8 D. si tabulae testamenti nullae 38, 6.

Testamentes vor drei Zeugen für rechtsverbindlich, sofern dieses älter als 10 Jahre war.[7] Vermächtnisse endlich konnte der Erblasser formlos widerrufen, ja der Widerruf wurde unter Umständen, z. B. wegen unversöhnter Todfeindschaft, vermuthet.[8]

Die gemeinrechtlichen Praktiker dagegen erklärten sich überwiegend für die Gültigkeit des wörtlichen Widerrufs eines jeden letzten Willens in den für die Errichtung eines solchen bestimmten Formen.[9]

3. Dem hat sich das preußische Recht angeschlossen.[10] Zureichend ist hiernach unter allen Umständen gerichtlicher Widerruf.[11] War der Erblasser zur Zeit des Widerrufs befugt, in privilegirter Form letztwillig zu verfügen, so genügt diese Form auch zum Widerruf.[12] Die Wirkungen eines in privilegirter Form erklärten Widerrufs dauern aber nur solange, als die Gültigkeit einer unter gleichen Umständen errichteten selbständigen Anordnung dauern würde. Das Widerrufene erhält also nachher wieder Kraft.[13]

4. Zum Widerruf gerichtlich errichteter Vermächtnisse genügt ferner Erklärung vor Notar und 2 Zeugen,[14] ferner ein eigenhändig geschriebener und unterschriebener Aufsatz, endlich auch ein bloß unterschriebener Aufsatz, wenn zugleich ein den Widerruf rechtfertigender Grund

---

7) l. 27 C. de testamentis 6, 23.

8) l. 3 § 11, l. 4 D. de adim. vel transf. leg. 34, 4.

9) Voet ad Pand. tit. 28, 3 n. 1. Carpzov jurispr. for. p. III const. 5 def. 27 u. A., dagegen freilich u. A. Lauterbach coll. Pand. lib. 28 tit. 3 § 13. Man ist neuerdings einig, daß nach jetzigem gemeinem Recht auch stillschweigende Berufung des Erben genügt, nun liegt in dem Widerruf stillschweigend der Wille ausgedrückt, daß die gesetzlichen Erben, beziehungsweise die in einem früheren Testamente Berufenen den Nachlaß des Erblassers erhalten sollen. Mindestens von diesem Standpunkte aus hätten die Romanisten die veralteten Sätze des römischen Rechtes überwinden sollen. Allein wir finden sie bei den Neuern ohne Rücksicht auf Praxis und Folgerichtigkeit als praktisches Recht dargestellt. Vgl. dagegen Dernburg Pand. Bd. 3 § 94.

10) L. R. I, 12 § 587.

11) Man nimmt an, daß die gerichtliche Aufbewahrung der Widerrufserklärung nicht wie beim Testament zur Geltung derselben erfordert sei. So namentlich Löwenberg Motive der preußischen Gesetzgebung Bd. 1 S. 259 Note. Dieselbe, führt man an, ist nirgends besonders verlangt; sie gehört auch nicht zu der Form der Errichtung, sondern ist eine Maßnahme zur Sicherung des letzten Willens, der man sich hier entschlagen kann. Uebrigens bleibt bei alledem gewöhnlich die Urkunde des Widerrufs gerichtlich verwahrt, sie ist dann wie ein Testament zu behandeln.

12) L. R. I, 12 § 588; vgl. l. 15 § 1 D. de testamento milit. 29, 1. Selbstverständlich kann ein gültiges privilegirtes Testament unter Umständen, in welchen das Privilegium nicht mehr Anwendung findet, nur unter Beobachtung der Förmlichkeiten des gerichtlichen Testamentes widerrufen werden, L. R. I, 12 § 589.

13) L. R. I, 12 § 590. Das Gegentheil bestimmte l. 36 § 4 D. de test. mil. 29, 1: miles jure communi testatus, postea testamento jure militiae super bonis omnibus facto, post annum militiae vita decesserat: prioris testamenti, quod ruptum esse constabat, non redintegrari vires constitit.

14) L. R. I, 12 § 593. Vielleicht liegt hier ein Nachklang der l. 27 C. de testamentis 6, 23 vor, da viele gemeinrechtliche Juristen den Widerruf vor 3 Zeugen auch ohne Zeitablauf für gültig erachteten.

angegeben ist und bewahrheitet werden kann.[15] Außergerichtliche Vermächtnisse können durch entgegengesetzte auch formlose Erklärungen widerrufen werden.[16] Zu solchen Erklärungen wird namentlich die absichtliche Verlöschung oder sonstige Zerstörung des Namens des Legatars, oder der Sache, oder der vermachten Summe gezählt.[17]

Bloße Vermuthungen der Willensänderung werden übrigens nach preußischem Rechte nicht berücksichtigt.[18] [19]

5. Der Widerruf kann den letzten Willen ganz oder zum Theil aufheben. Auch bedingter Widerruf ist zulässig. Hat sich das bedingende Ereigniß zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht entschieden, so ist die Zuwendung mit einer auflösenden Bedingung behaftet.[20]

Ist nicht zu ermitteln, auf welche von den an Mehrere gemachten Zuwendungen sich der Widerruf beziehen sollte, so wirkt derselbe nichts. Denn die Zuwendungen sind sämmtlich an sich begründet; wer daher Aufhebung einer derselben behauptet, muß dieselbe beweisen, was durch den unklaren Widerruf nicht geschehen kann.[21] Anders, wenn der Erblasser von zwei an die-

15) L. R. I, 12 §§ 594, 595.

16) L. R. I, 12 § 597.

17) L. R. I, 12 § 596 Es muß nachgewiesen werden, daß der Erblasser die Zerstörung vornahm. Dann ist die Absicht der Aufhebung erwiesen, wenn nicht eine andere Absicht nachweisbar ist. Voet ad Pand. 28, 4 n. 4: si de facto ipsius testatoris constet, consulto tabularum incisio facta credatur, donec contrarium probatum fuerit.

18) L. R. I, 12 § 598.

19) Es ist im Text nur die Rede von dem Widerruf, welcher einer vollendeten letztwilligen Verfügung zeitlich nachfolgt. Widerruft der Erblasser seine Anordnung vor Vollendung des Testiraktes, z. B. wenn das mündliche Testament an verschiedenen Tagen aufgenommen wird, so muß sie als nicht geschrieben gelten. Sie ist dann niemals solennisirt. Häufiger kommt ein bedingter Widerruf im Testament durch s. g. clausula privatoria vor, indem der Erblasser seine Zuwendung für den Fall zurücknimmt, daß der Bedachte den letzten Willen anfechten oder ihm zuwider handeln sollte. Nach L. R. I, 12 § 457 sind solche Verordnungen niemals auf den Fall auszudehnen, daß bloß die Gewißheit und Richtigkeit des letzten Willens bezweifelt wird. Betroffen ist hiernach durch die clausula privatoria unter Anderem die Geltendmachung von Pflichttheilsrechten, von entgegenstehenden Erbverträgen, sowie der Fall, daß der Bedachte einem ihm vom Erblasser aufgelegten Gebot zuwiderhandelt. Nichtbetroffen ist unter Anderem die Anfechtung wegen angeblicher Fälschung, wegen Mängel der Form, wegen angeblicher späterer ändernder Verfügung des Erblassers, insbesondere auch nicht der Rechtsstreit, der sich bloß um die Auslegung der Verfügung dreht.

20) Das römische Recht hatte den Satz aufgestellt: legatum quum sub condicione adimitur, perinde est ac si sub contraria condicione datum fuisset, l. 10 pr. D. de adim. leg. 34, 4. Der Grund lag in der früheren Unstatthaftigkeit der auflösenden Bedingungen bei letztwilligen Anordnungen. Für das neuere Recht ist diese Behandlung keine Nothwendigkeit mehr und deshalb, weil weniger natürlich, auch nicht einzuschlagen.

21) Bekanntlich stehen l. 3 § 7 D. de adim. leg. 34, 4, und l. 10 D. de rebus dubiis 34, 5, beide von Ulpian, aber aus verschiedenen Werken, über diese Frage in Widerspruch. An Versuchen den Widerspruch, sogar durch Textesemendation, zu heben, hat es nicht gefehlt; vgl. Vangerow Bd. 2 § 541, als wenn es undenkbar wäre, daß derselbe Schriftsteller seine Ansicht über eine solche Rechtsfrage änderte.

selbe Person erfolgten Zuwendungen eine widerrufen hat, ohne daß erkennbar ist, welche gemeint sei. Hier ist der Bedachte befugt, eine von ihnen und zwar nach seiner Wahl zu fordern.[22]

Ohne Wirkung ist ein Widerruf, dessen ausdrücklich angeführter Beweggrund auf Irrthum beruht.[23]

6. Widerruf des Widerrufes bringt die widerrufene gerichtliche Verfügung wieder zur Geltung, wenn sie bei Gericht hinterlegt blieb,[24] giebt ferner der widerrufenen außergerichtlichen Verfügung wieder Kraft, ohne daß es der Formen einer Neuerrichtung bedarf. Es genügen die erörterten Formen des Widerrufes.

§ 172. Errichtung eines neuen Testamentes oder Kodicilles.[1]

1. Nach römischem Rechte wurde ein früher errichtetes Testament durch ein späteres nothwendig aufgehoben, auch wenn beide ihrem Inhalt nach vereinbar gewesen wären. Dies galt selbst gegenüber einer ausdrücklichen Bestätigung des älteren Testamentes.[2] Denn nach altrömischer Auffassung, die sich in diesem Satze erhielt, war eben jedes Testament eine den Nachlaß völlig umspannende, ausschließliche Anordnung, so daß etwaige in ihm sich findende Lücken und Unvollständigkeiten aus ihm selbst zu ergänzen waren. Dagegen konnten mehrere nach einander errichtete Kodicille neben einander bestehen, falls ihr Inhalt nichts Widerstreitendes enthielt. Ebensowenig war es rechtliche Nothwendigkeit, daß ein späteres Testament ältere Kodicille aufhob, wenn dies auch, so lange das Gegentheil nicht erhellte, als Absicht des Testators erachtet wurde.[3]

In der deutschen Anschauung hatte der Gedanke, daß ein späteres Testament das ältere durch seine bloße Errichtung aufhebe, keine Wurzel. Mochte man dies auch als gemeinrechtlichen Satz annehmen, so gewann derselbe doch

22) Vgl. oben § 153. Der Bedachte begründet die Klage auf die von ihm gewählte Sache durch das Legat. Der Beschwerte kann die Einwendung des Widerrufes nicht mit Erfolg entgegenstellen, da er nicht nachweisen kann, daß dieser die eingeklagte Sache betrifft. Klagt der Bedachte aber noch außerdem auf die andere Sache, so steht ihm entgegen, daß ihm der Erblasser, wie der Widerruf ergiebt, nur eine Sache zuwenden wollte.

23) Vgl. L. R. I, 4 § 150, oben Bd. 1 § 105 bei Anm. 4. Siehe auch L. R. I, 12 §§ 577, 578.

24) Ueber Rücknahme des Widerrufs siehe auch unten § 184 Anm. 4.

1) L. R. I, 12 § 572 ff.

2) l. 1, l. 2 D. de injusto, rupto 28, 3, l. 12 § 1 D. eod. Eine Bestätigung des älteren Testamentes verwandelte dasselbe jedoch in ein testamentarisches Kodicill.

3) § 1 J. de codicillis 2, 25, l. 5 D. de jure codicillorum 29, 7. Es bedarf nach diesen Stellen keiner ausdrücklichen Bestätigung des älteren Kodicilles, es genügt vielmehr, daß die Absicht des Testators aus seiner Verfügung erhellt. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 105 Anm. 6.

kein praktisches Leben.[4] Es kam vielmehr darauf an, ob eine spätere letztwillige Verfügung ihrem Inhalt nach im Widerspruch gegen die frühere stand.

2. Dies ist auch für das preußische Recht die allein entscheidende Frage.[5] Es ergiebt sich hiernach für die verschiedenen Fälle Folgendes.

a) Es wurden nacheinander mehrere Testamente errichtet. Dann sind die Erbeseinsetzungen des früheren Testamentes beseitigt, wenn der Erblasser nicht, sei es ausdrücklich oder mittelbar, den Willen an den Tag legt, daß dieselben neben den neuen in Kräften bleiben sollen. Diese Absicht ist namentlich zu unterstellen, wenn den später ernannten Erben Antheile zugewiesen sind, welche zusammen den Nachlaß nicht erschöpfen.

Bezüglich der Vermächtnisse des älteren Testamentes unterscheidet das Gesetz zwei Fälle. Entweder wurden die im älteren Testamente enthaltenen Erbeseinsetzungen völlig abgeändert; dann fallen auch die in demselben angeordneten Vermächtnisse weg, sofern sie nicht ausdrücklich bekräftigt wurden; oder es werden in dem späteren Testamente nur nachträglich Erben zu den im früheren Testamente eingesetzten berufen, dann bestehen die im früheren Testamente enthaltenen Vermächtnisse fort, sofern sie durch das spätere Testament nicht ausdrücklich aufgehoben wurden.[6] Der hierbei zu Grunde liegende Gedanke ist, daß unterschieden werden muß, ob sich das spätere Testament als ein völlig neuer Plan der letztwilligen Verfügung darstellt oder als bloße Ergänzung. Es ist daher auch die bloße nachträgliche Hinzufügung von Bedingungen, welche dem im ersten Testamente eingesetzten Erben im zweiten Testamente aufgelegt werden, an sich nicht geeignet, die Vermächtnisse des ersten Testamentes in Frage zu stellen.[7] Durch Hinzufügung der Kodicillarklausel im früheren Testamente erhalten die in demselben enthaltenen Bestimmungen gegenüber den in einem späteren getroffenen keine erhöhte Sicherung.[8]

---

4) Der gemeinrechtliche Richter, dem ein älteres Testament vorgelegt wird, und ein jüngeres, in welchem Jemand nachträglich z. B. auf ein Achtel zum Erben eingesetzt ist, wird interpretiren, daß stillschweigend im neuen Testament die Erbeinsetzungen des früheren bestätigt sind und schwerlich den im zweiten Testament Eingesetzten als Universalerben belastet mit einem Universalfideikommiß ansehen, was freilich § 3 J. quibus modis test. infirm. 2, 15 mehr entspricht. Aeltere Praktiker erklärten geradezu die römische Regel als aufgehoben. So Voet comm. ad Pand. 28, 8 n. 3, moribus hodiernis pluribus testamentis relictis unumquemque mori posse non ambigitur.

5) Das Projekt des corp. jur. Fridericiani part. II, lib. 7 tit. 17 art. I, § 10 nahm Aufhebung des älteren Testamentes an, es sei denn, „daß der Testator in seinem Testament ausdrücklich deklarirt, daß noch das erste, insoweit es durch das letzte nicht geändert worden, gelten solle.“ L. R. I, 12 § 574 läßt es bei einer deutlichen Erklärung, daß auch die Erbeinsetzung des früheren Testamentes bei Kräften bleiben solle, bewenden.

6) L. R. I, 12 §§ 573. 574. Die Vermächtnisse werden, wenn neue Erben neben den bisherigen berufen werden, in der Regel voll geschuldet, und nicht etwa bloß in dem Verhältniß, zu welchem sich die frühere Erbeseinsetzung erhält.

7) Striethorst Archiv Bd. 73 S. 345.

8) L. R. I, 12 § 576, oben § 103 Ziff. 3, vgl. Fein bei Glück Bd. 45 S. 304 ff.

b) Ob ein älteres Kodicill durch ein späteres Testament im Zweifel aufgehoben wird, ist gleichfalls nach der Unterscheidung zu beantworten, ob das Testament, wofür die Vermuthung spricht, eine vollständige Regelung der Nachlaßverhältnisse bezweckt, oder nur bestimmte Fragen zu regeln beabsichtigt.[9]

c) Spätere Kodicille heben ältere kodicillarische Verfügungen auf, wenn dies ausdrücklich angeordnet ist, oder wenn sie sich in einen unmittelbaren Widerspruch setzen,[10] wie namentlich bei einer Uebertragung des Vermächtnisses auf einen Andern als den früher Bedachten der Fall ist.[11] Findet sich ein Widerspruch zwischen einem Testamente und einem Kodicill, welche dem Gericht gleichzeitig übergeben wurden, so geht das Kodicill vor, wenn nicht aus den vom Erblasser seinen Verfügungen zugefügten Daten erhellt, daß das Testament später verfertigt ist, somit den Vorzug haben soll.[12]

Wenn in dem späteren Kodicille einem in einer früheren Verfügung bereits Bedachten ein Legat zugewiesen wird,[13] so gebührt dem Legatar im Zweifel nur das spätere Vermächtniß,[14] es sei denn daß aus der Fassung der

---

9) Die Frage ist im Landrecht nicht entschieden und bestritten. Die Schriftsteller sind meist dafür, daß im Zweifel die früheren Kodicille bestehen bleiben ohne Unterscheidung der Fälle. So Bornemann Bd. 6 S. 126, vgl. auch Koch zu § 576 des Titels. Dagegen Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 273 will L. R. I, 12 § 573 zur Anwendung bringen.

10) L. R. I, 12 § 584. Wie wenn im früheren Kodicill dem A. eine einzelne Sache oder der Nießbrauch an einer solchen vermacht ist, im zweiten dem B. der Nießbrauch am gesammten Nachlaß? Wird durch die spätere Anordnung die dem A. geschehene Zuwendung aufgehoben? In der Regel nicht, die Verfügungen sind nicht schlechthin sich widersprechend.

11) L. R. I, 12 § 575. Es wird hier Uebertragung unterstellt, wenn der Erblasser dieselbe bestimmte Sache, die er früher dem Einen zudachte, später einem Anderen zuwendet, vgl. l. 5 D. de adim. leg. 34, 4. Denkbar ist aber auch, daß der Erblasser die Beiden zusammen berufen wollte, was l. 33 D. de leg. I als das Regelmäßige ansieht. Durch Uebertragung eines Vermächtnisses können entweder die Subjekte — der Belastete oder der Bedachte — oder der Gegenstand umgewandelt werden, l. 6 pr. D. de adim. leg. 34, 4.

12) So ist L. R. I, 12 § 585 wohl auszulegen.

13) Die römischen Juristen behandelten es zwar als Auslegungsfrage, ob der Testator, welcher derselben Person mehrere Legate in derselben oder in verschiedenen Urkunden zuschrieb, durch das zweite Legat das frühere aufheben wollte, legten aber dem Belasteten hierüber im Zweifel den Beweis auf, vgl. l. 9 D. de adim. leg. 34, 4, l. 12 D. de probat. 22, 3, siehe aber Schrader über die Frage: wenn in zwei mit einander geltenden letztwilligen Verordnungen Demselben erst eine kleinere, dann eine größere Summe vermacht ist, hat man dies im Zweifel als Vermehrung des vorigen Vermächtnisses oder als Ertheilung eines neuen zu dem vorigen anzusehen? Arch. für civ. Pr. Bd. 33 S. 1 ff. Seit dem Mittelalter hat man überwiegend Ersteres angenommen: quod testator non praesumitur voluisse heredem gravare duplici praestatione, Mantica de conj. ult. vol., lib. VI, tit. 11 n. 27. 28, Menochius de praesumtionibus lib. IV, praes. 128 n. 4, abgedruckt bei Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 273.

14) L. R I, 12 § 586.

späteren Verfügung ein Anderes erhellt; aber auch dann fällt jene Vermuthung weg, wenn durch Erklärungen, welche der Testator vor oder auch nach deren Errichtung abgab, eine entgegengesetzte Absicht zu Tage tritt, da hiermit der Zweifel behoben wird und kein Grund vorliegt, dem erkennbaren Willen des Erblassers Gewalt anzuthun.[15]

Ist das Datum verschiedener Kodicille, welche sich widersprechende Bestimmungen enthalten, ungewiß, so haben sie gleiche Kraft. Die in ihnen Bedachten beschränken sich daher gegenseitig.[16]

d) Es entsteht die Frage, ob die ältere Anordnung durch die Errichtung einer späteren auch dann entkräftet wird, wenn Letztere rechtlicher Geltung entbehrt oder hinterher ihre Wirkung verliert?[17] Leidet die zweite Verfügung an Formmängeln, so kann sie die frühere natürlich nur entkräften, wenn sie mindestens die Form des Widerrufs an sich trägt. War sie aber an und für sich gültig errichtet, so kommt in der Regel die frühere Verfügung nicht dadurch zu Kräften, daß die spätere wirkungslos wird.[18] Denn die Aufhebung der früheren Anordnung ist nicht durch die dauernde Geltung der zweiten bedingt, es lägen denn besondere Anhaltspunkte für die Annahme des Gegentheils vor.

e) Wenn der Erblasser das später errichtete Testament zerstörte, um ein älteres wieder herzustellen, erhielt das letztere nach römischem Rechte zwar keine civilrechtliche Gültigkeit, wohl aber gab man aus demselben eine wirksame bonorum possessio.[19] In ähnlicher Weise erhält nach Landrecht ein älteres Testament wieder Geltung, wenn dasselbe in gerichtlicher Verwahrung blieb, falls das später errichtete aus derselben zurückgenommen wird.[20] Dies ohne daß die Willensmeinung des Erblassers im Einzelfalle ermittelt werden muß. Denn das spätere Testament wird, wenn

15) Vgl. oben § 122 bei Anm. 5. Anders freilich das Obertribunal bei Striethorst Archiv Bd. 52 S. 24 ff. Dort werden die Worte des § 586: „und wenn nicht aus der Fassung der späteren Disposition ein Anderes erhellt" als ausschließende Bedingung genommen. Dies stimmt mit dem Wortlaut; aber auch die von uns aufgestellte Meinung ist mit der Darstellungsweise des Landrechts sehr wohl verträglich, und der Gerechtigkeit mehr entsprechend.

16) Es ist L. R. I, 12 § 542 entsprechend anzuwenden, Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 272. Liegt freilich unauflöslicher Widerspruch vor, so heben sich die Anordnungen auf, z. B. der Erblasser würde in jedem der Kodicille über seine Grabstätte ganz verschiedene Bestimmungen treffen.

17) Oben § 171 Ziff. 3 und 4.

18) L. R. I, 12 §§ 580. 581. Koch Erbrecht S. 712. Nach preußischem Recht wird ein Testament beseitigt, wenn später ein anderes errichtet wird, in welchem an Stelle des früher ernannten Erben ein bereits Verstorbener oder Jemand unter einer unmöglichen oder bereits ausgefallenen Bedingung zum Erben eingesetzt wird.

19) l. 11 § 2 D. de bon. poss. sec. tab. 37, 11.

20) L. R. I, 12 § 582 und unten § 173.

es aus der gerichtlichen Verwahrung zurückgenommen ist, wie ein nicht errichtetes behandelt und verliert mithin seine Kraft.[21]

§ 173. Rücknahme des Testamentes oder Kodicilles aus der gerichtlichen Verwahrung.[1]

1. Bereits im gemeinen Rechte hatte sich aus der Praxis, wonach gerichtliche Testamente in der Regel beim Gericht verwahrt blieben, die Ansicht entwickelt, daß die Zurücknahme einen Aufhebungsgrund bilde. Zwar konnte sich dieser Satz in Ermangelung einer Stütze in den Gesetzen gemeinrechtlich nicht zur Anerkennung bringen,[2] partikularrechtlich wurde er aber häufig angenommen.[3]

2. Insbesondere geschah dies durch die preußische Gesetzgebung. In Folge dessen ist die Aechtheit des gerichtlich erklärten letzten Willens vollständig gesichert, was unter Anderm auch für die Grundbuchverhältnisse von Bedeutung ist.

a) Demgemäß verliert das gerichtliche Testament oder Kodicill als solches seine Geltung im Fall der Zurückgabe an den Erblasser auf Grund seines Antrages.[4] Diese Folge tritt von Rechtswegen ein, ohne daß unterschieden wird, ob der Erblasser die Absicht hatte, seinen letzten Willen aufzuheben oder ob er die Urkunde aus anderen Gründen zurücknahm, z. B. weil er sie beim Gericht seines jetzigen Wohnsitzes hinterlegen wollte, oder weil er sie zur Zeit von Krieg oder Aufruhr bei Gericht für nicht genugsam gesichert hielt. Es ist auch ohne Erheblichkeit, daß der zurückgenommene Aufsatz sich im Nachlaß unentsiegelt und unverletzt vorfindet.

---

21) Entsprechend den dargelegten Grundsätzen ist die Einwirkung späterer Erbverträge, sowie von Einkindschaftsverträgen auf ältere letztwillige Verfügungen zu bestimmen.

1) L. R. I, 12 § 565 ff.

2) Als gemeinrechtlich vertheidigte diesen Aufhebungsgrund namentlich Finkelthaus obs. 12, indem er l. 18 C. de testamentis für sich anführte; dagegen erklärten sich jedoch die meisten Autoritäten des gemeinen Rechts, so daß auch in judicando in Preußen die Gegenansicht obsiegte, vgl. Behmer jus controversum tom. I, p. 399 ff. und Hymmen Bd. 4 S. 76 ff., aber auch Striethorst Archiv Bd. 44 S. 195.

3) Von Partikularrechten schrieb dies u. A. vor die Frankfurter Reformation Th. IV, Tit. 7 § 20, Cod. Max. Bavar. Th. 3 Kap. 4 § 2, abgedruckt bei Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 249.

4) Schon das corp. jur. Fridericiani bestimmte part. II, lib. 7 tit. 17 art. 1 § 12: „Es ist für eine Revokation zu halten, wenn Jemand sein Testament aus den Gerichten abfordern läßt und solches nicht aufs neue mit allen vorgeschriebenen Sollennitäten dem Gericht offeriret. Daher wird dergleichen zurückgefordertes Testament für rumpirt gehalten, wenn auch schon der Testator solches uneröffnet unter seinen Papieren verwahrt hat." Hiernach L. R. I, 12 §§ 565. 566. 567.

b) Die Zurückgabe darf nur an den **Erblasser** selbst oder einen **gerichtlich bestellten Bevollmächtigten** desselben erfolgen.[5] Solche Bevollmächtigte sollen sogar nur für Testatoren, welche sich nicht am Gerichtsorte befinden, zugelassen werden.[6] Die letztere Bestimmung ist nur als instruktionelle anzusehen; daß aber der zur Rücknahme Bevollmächtigte mindestens gerichtlich bestellt war, wird man als nothwendig erachten müssen, so daß eine etwaige Rückgabe an einen nicht gerichtlich bestellten Bevollmächtigten zur Aufhebung des letzten Willens nicht hinreicht.

c) Auch der **entmündigte Verschwender** ist zur Rückforderung seines Testamentes oder Kodicills berechtigt,[7] da ihm die Fähigkeit zur Aufhebung seines Testamentes zusteht; das Gleiche ist vom Minderjährigen zu sagen. Rücknahme im Zustande der Geisteskrankheit hingegen würde das Testament nicht vernichten.[8]

d) Waren mehrere Exemplare hinterlegt, sei es bei verschiedenen, sei es bei denselben Gerichten, so behält die letztwillige Verordnung seine **Kraft**, wenn auch nur ein Exemplar gerichtlich verwahrt bleibt und die übrigen zurückgenommen werden.[9]

e) **Zurückforderung** des Testamentes an sich beseitigt dasselbe nicht, wenn es nicht zur Zurückgabe kommt, z. B. weil der Erblasser vor Abschluß der Rückgabeverhandlung verstirbt.[10] Dies gilt auch, wenn nachweisbar das Gesuch um Aushändigung geschah, um das Testament zu entkräften. Das Testament wird jedoch dann aufgehoben, wenn dies Gesuch den Anforderungen eines rechtsgültigen Widerrufes entspricht.[11] Das Gleiche wäre der Fall, wenn das Gesuch um Rückgabe eines einzelnen von mehreren Testamentsexemplaren die Erfordernisse eines Widerrufes an sich trüge.

Hat der Erblasser die Urkunde über seine letztwillige Anordnung zurückgenommen, so kommt dieselbe aufs Neue nur zur Geltung, wenn alle Formen

5) L. R. I, 12 § 571, bestätigt durch das Gesetz vom 11. Juli 1845 § 2 am Ende.

6) A. G. O. II, 4 § 9. Hier werden des Weiteren eingehende Vorschriften über das Verfahren bei der Zurückgabe getroffen, welche aber sämmtlich nur instruktionell, derzeit auch zum Theil veraltet sind. Nach der Hinterlegungsordnung vom 14. März 1879 §§ 79, 89 ist die Herausgabe der Testamente von Amtsrichter und Gerichtsschreiber gemeinsam zu bewirken.

7) Ausdrücklich bestimmt so Anhang § 42 zu L. R. I, 12 § 565.

8) Die entgegengesetzte Auffassung von Koch Erbrecht S. 716 ist nicht haltbar und kann nicht dadurch begründet werden, daß auf die Absicht, in welcher der Testator das Testament zurückgenommen hat, nichts ankommt. Der Wille der **Zurücknahme der Urkunde** muß beim Erblasser vorhanden gewesen sein, unerheblich ist nur, was der Grund dieses Willens des Testators war.

9) Vgl. L. R. I, 12 § 568, vgl. l. ult. D. de his, quae in test. delentur 28, 4, l. 1 § 5 D. de bon. poss. secundum tabulas 37, 11.

10) L. R. I, 12 § 569.

11) L. R. I, 12 § 570, oben § 171.

einer Neuerrichtung gewahrt sind. Es genügt also z. B. die gerichtliche Uebergabe der unversehrten Urkunde nicht, falls der Erblasser nur mündlich testiren kann.[12] Der wiederhergestellte letzte Wille datirt mit der Neuerrichtung, wenn auch für dessen Auslegung die Zeit der früheren Abfassung in Betracht kommen kann.[13]

f) Die zurückgenommene Urkunde verliert durch die Rücknahme mit Nothwendigkeit nur die Eigenschaft eines gerichtlichen Testamentes, sie kann aber gleichwohl die Wirkung einer außergerichtlichen Verfügung behalten, insbesondere bezüglich der Legate bis zum 20. Theile der Erbschaft Geltung haben. Im Zweifel wird jedoch aus der Zurücknahme der Urkunde die Absicht des Widerrufes aller in denselben getroffenen Anordnungen zu entnehmen sein.[14]

g) Mit dem zurückgenommenen Testamente fallen auch die in ihm vorbehaltenen und auf Grund dieses Vorbehaltes errichteten Nachzettel.[15]

h) Der Geltung der Verfügung des Testators schadet es nichts, wenn die Urkunde über sie zufälligerweise, d. h. ohne den Willen des Erblassers, aus der gerichtlichen Verwahrung kam. Demnach ist ohne Bedeutung für die Rechtsbeständigkeit der Verfügung ein Unglücksfall, welcher die Urkunde vernichtet, z. B. eine Feuersbrunst, ferner Herausgabe an einen Unberechtigten, wie auch an den Erblasser selbst, wenn dieselbe aus Irrthum geschehen war.[16]

---

12) L. R. I, 12 § 567. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 19 S. 178 ff.

13) Vgl. auch oben § 122 bei Anm. 6.

14) Das O. Trib. hat Entsch. Bd. 19 S. 171 ff. weiter gehend ausgesprochen: ein früher gerichtlich hinterlegtes, aber zurückgenommenes, jedoch aufbewahrtes Testament hat in Bezug auf die darin enthaltenen, den 20. Theil des Nachlasses nicht übersteigenden Legate nicht die Wirkung einer im Nachlasse vorgefundenen Privatdisposition des Erblassers. Dieser Schluß gründet sich jedoch bloß auf die Worte der §§ 565 und 566, aus denen folgen soll, daß eine zurückgenommene gerichtliche Verfügung niemals die Wirkung einer bloßen Privatverfügung des Erblassers habe, daß sie also gänzlich unberücksichtigt bleiben müsse, auch wenn kein Zweifel darüber obwalte, daß der Testator das zurückgenommene Testament eigenhändig ge- und unterschrieben und seinen Inhalt bis zum Tode gewollt habe. Richtiger bemerkt bereits Kreittmayr zum Codex Max. bav. civ. Th. III, Kap. 4 § 2 — abgedruckt bei Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 251 — daraus (daß ein ab actis zurückgenommenes Testament ein testamentum judiciale zu sein aufhört) folgt von selbst, daß es gleichwohl noch in alio genere, z. B. als ein testamentum ad pias causas, inter liberos oder auch, soweit nur die requisita vorhanden sind, als ein testamentum privatum solenne subsistiren mag.

15) Vgl. jedoch oben § 118 Anm. 16. Striethorst Archiv Bd. 34 S. 44.

16) L. R. I, 12 § 602 ff. Nach L. R. I, 12 § 603 war zur Wiederherstellung eines verloren gegangenen Testaments vollständiger Beweis nöthig, der durch einen Erfüllungseid nicht zu ergänzen war. Durch das Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 14 Ziff. 2 ist dies beseitigt.

Dritter Abschnitt.

Erbverträge und wechselseitige Testamente.

Erstes Kapitel.

Die Erbverträge.[1]

§ 174. Einleitung. — Arten der Erbverträge.

1. Das ältere deutsche Recht, welchem die gesetzliche Erbfolge die schwer durchbrechbare Regel war, ließ vertragsmäßige Zuwendungen aus dem Nachlasse nur in beschränktem Maße gelten;[2] das römische Recht aber verwarf Erbverträge schlechthin, als dem Grundsatze der Testirfreiheit widerstreitend.[3] Dennoch erhielten nach der Reception dieses Rechtes die Erbverträge in Deutschland allgemein Rechtswirksamkeit. Nur auf den ersten Blick ist dies auffallend. Denn wenn man auch aus den fremden Rechten die Zulässigkeit der letztwilligen Verfügungen herübernahm, so konnte doch die römische Anschauung, wonach die Testirfreiheit ein unentziehbares Recht des Individuums bildete, nicht leicht in Deutschland Wurzel fassen, wo das Recht des Testirens etwas Neues, aus der Fremde Eingeführtes war und vielfach als dem Naturrecht widerstrebend angesehen wurde. Die Anerkennung der Erbverträge, wie sie nunmehr eintrat, war also im Grunde nur Folge einer unvollkommenen und theilweisen Reception der römischen Grundsätze.[4] Doch war die Geltung unbestritten lange Zeit nur für Ehegatten und Erbverbrüderungen. Allgemeine Anerkennung aber ließ dem Erbvertrage namentlich die preußische

---

1) L. R. I, 12 § 617 ff. Scharnweber der letzte Wille und der Erbvertrag, Potsdam 1861. Gemeinrechtlich kommt vorzugsweise in Betracht, Beseler die Lehre von den Erbverträgen, zwei Theile, von denen der zweite Theil zwei Bände hat, 1836—1840, Gustav Hartmann zur Lehre von den Erbverträgen und den gemeinschaftlichen Testamenten, 1860. Vgl. auch Roth bayerisches Civilrecht Bd. 3 S. 459.

2) Oben § 91 Buchst. c. Zulässig waren namentlich Zuwendungen von Todeswegen in Ehestiftungen unter Zustimmung der beiderseitigen Verwandten. So in der Mark Brandenburg Heydemann Elemente S. 260.

3) l. 5 C. de pactis conventis 5, 14, l. 15 C. de pactis 2, 3, ferner l. 4 C. de inut. stipulationibus 8, 39, l. 61 D. de V. O. 45, 1.

4) Beseler Erbverträge Th. 2, 1 S. 203 führt die gemeinrechtliche Geltung der Erbverträge auf die communis doctorum opinio nach der Receptionszeit zurück. Die-

Legislation und zwar schon das Projekt des corpus juris Fridericiani,[5] später das Landrecht[6] zu Theil werden.

2. Im weiteren Sinne sind Erbverträge alle Vereinbarungen, welche den Nachlaß eines oder beider Vertragschließenden zum Gegenstande haben.

Sie bezwecken entweder die Zuwendung eines Successionsrechtes in den Nachlaß, Erbverträge im engeren Sinne, s. g. pacta successoria affirmativa, oder das Aufgeben eines künftigen Erbanspruches, Erbentsagungsverträge, s. g. pacta successoria negativa. Die Erbverträge im engeren Sinne wiederum sichern entweder die Gesammtnachfolge zu — Erbeinsetzungsvertrag, pactum successorium universale — oder begründen nur eine Sondernachfolge gegenüber dem Nachlaß — pactum successorium particulare.

Die Erbverträge sind endlich einseitige, wenn sie nur über den Nachlaß eines der Vertragschließenden, zweiseitige, wenn sie über den Nachlaß beider Vertragschließenden Bestimmungen treffen. Zweiseitige Erbeinsetzungsverträge sind die gewöhnlicheren, namentlich kommen sie unter Ehegatten häufig vor.

§ 175. Der Erbeinsetzungsvertrag.

1. Der Erbeinsetzungsvertrag verleiht dem Vertragserben ein Erbfolgerecht in den Gesammtnachlaß oder in eine Quote desselben, welches durch den Erblasser nicht mehr willkürlich widerrufen werden kann. Als Erbeinsetzungsvertrag ist es auch aufzufassen, wenn die gesetzliche Erbfolge eines der Betheiligten in den Nachlaß des Andern vertragsmäßig zugesichert,[1] oder eine testamentarische Einsetzung durch Vertrag gegen Widerruf gesichert wird.[2]

Der Erbeinsetzungsvertrag erzeugt nicht, wohin die Ansicht älterer Schriftsteller ging,[3] bereits unter Lebenden ein dingliches Recht auf die ver-

---

selbe kommt als Zeugniß für die Nichtreception gewisser römischer Sätze in entscheidenden Betracht. Indessen hat sich auch positiv ein Gewohnheitsrecht herausgebildet, welches die Erbverträge anerkennt.

5) Projekt des corp. jur. Fridericiani par. II lib. 7 tit. 10 § 2. Aehnlich Cod. Max. bav. civ. Th. 3 Kap. 11 § 1.

6) Vgl. L. R. I 12 § 617, siehe unten Anm. 5.

1) Striethorst Archiv Bd. 56 S. 283.

2) Es ist dies die dem Wesen der Sache entsprechende Ansicht von Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 209 ff. Siehe oben § 171 Anm. 2.

3) So Stryk tract. de successione ab intestato diss. VIII cap. 5 th. 24, 29 und 33, und Berger oeconomia juris lib. I tit. 3 th. 11 unter 2. Hieraus ergab sich, daß man dem Promittenten die Verfügungsbefugniß über die Substanz seines Vermögens auch unter Lebenden verkümmerte.

einstigen Nachlaßgegenstände, er begründet auch nicht, wie Andere annehmen, eine persönliche Klage auf Hinterlassung der Nachlaßgegenstände,[4] vielmehr entspringt aus ihm eine Berufung zur Erbfolge, welche, wie die Berufung durch Testament oder Gesetz, erst mit dem Tode des Erblassers wirksam wird und zur Nachfolge in dessen Nachlaß führt.[5] [6] Von anderen Berufungsgründen unterscheidet sich der Erbvertrag also vorzugsweise durch die Unentziehbarkeit.

Nach einer in der neueren Zeit für das gemeine Recht aufgestellten Theorie, welche auch bei Schriftstellern des preußischen Rechtes Aufnahme gefunden hat, bildet der Erbvertrag kein einheitliches Geschäft, sondern besteht aus einer Verbindung zweier an sich verschiedener Geschäfte, so daß er einmal eine Erbeseinsetzung, und zweitens einen Widerrufsverzicht enthält.[7] Die Erbeseinsetzung als solche sei, behauptet diese Theorie, ihrer Natur nach eine letztwillige Verfügung, die an sich dasselbe Wesen hat, wenn sie durch Vertrag, wie wenn sie durch Testament angeordnet sei. An sie schließe sich beim Erbvertrag der Widerrufsverzicht zusätzlich als selbständiges Geschäft an. Jedes der verbundenen Geschäfte stehe unter seinen eigenen Regeln, die Erbeseinsetzung unter denen, welche für die testamentarische Einsetzung gelten, der Verzicht unter denen, welche sich aus seiner Vertragsnatur und den besonderen Regeln des Verzichtes ergäben. Hiernach wird der Erbvertrag bestimmt als ein vertragsmäßig unwiderrufliches Testament.

---

4) Es scheint, daß corp. jur. Frid. part. II lib. VII tit. 10 § 8 diesen Standpunkt einnahm, indem es eine actio personalis in Aussicht stellte, durch welche der Verklagte angehalten werden sollte, sein Versprechen zu erfüllen. Daneben wird aber auch eine utilis petitio hereditatis gegen jeden Besitzer der Erbschaft gewährt. Hommel rhaps. quaest. I obs. 117 hält nur die persönliche Klage für zulässig.

5) Oben § 95 Anm. 7. Beseler Erbverträge Th. 2, 1 S. 251 ff. und sämmtliche Neueren. Das L. R. I, 12 § 617 bestimmt: Auch durch Erbverträge kann ein Contrahent dem anderen oder beide einander wechselseitig „Rechte" auf ihren künftigen Nachlaß einräumen. Dies klingt an die älteren Rechtsauffassungen an. In seinen weiteren Bestimmungen aber theilt das Landrecht die derzeit herrschende Anschauung.

6) Zum Begriff des Erbeinsetzungsvertrages gehört also, daß in dem Vertrag die Erbesernennung, nicht bloß das Versprechen derselben in ihm enthalten ist. Koeppen Erbrecht S. 285. Streitig ist, welche Wirkung ein Vertrag habe, durch welchen man verspricht, Jemanden zum Erben zu ernennen. Dem römischen Recht galt er, als contra bonos mores für nichtig, l. 61 D. de V. O. 45, 1. Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 335 hält ihn als nicht gesetzlich anerkannt, auch nach preußischem Recht für unzulässig. Wir würden ihn für rechtskräftig erachten — vgl. Beseler E. V. Th. 2, 1 S. 66 — vorausgesetzt, daß er die Form des Erbvertrages an sich trägt, als dessen Abart er sich darstellt. Der Fall wird nicht leicht praktisch werden.

7) Aufgestellt und begründet ist diese Ansicht von Hartmann, Erbverträge S. 9 ff. Angenommen hat sie unter Anderm Unger östr. Erbr. § 26 Anm. 5, Förster Bd. 4 § 247, und wenn auch mit Vorbehalt Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 332. Die neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller verwerfen sie überwiegend, so Beseler Privatrecht § 138 Anm. 5, Gerber § 527 Anm. 1. Gegen sie auch Eccius Bd. 4 § 247 Anm. 5, sowie R. G. Bd. 10 S. 250.

Diese Auffassung, welche von erheblicher Bedeutung auch für das Einzelne des Instituts ist, erscheint unhaltbar.[8] Wie bei einem unbedingt abgeschlossenen Kaufvertrage nicht unterschieden werden kann, das Veräußerungsversprechen und der Widerrufsverzicht, wie solche Zerlegung auch bei anderen Verträgen nicht thunlich ist, ebensowenig kann eine derartige Scheidung beim Erbvertrag Platz greifen. Der Erbvertrag ist ein einheitliches Geschäft, welches aus einem Willensentschluß hervorgeht. Er ist ein Geschäft von Todeswegen, aber es gehört den „letztwilligen Verfügungen" im eigentlichen Sinne nicht zu, denn für diese ist wesentlich, daß der Entschluß des Erblassers bis zum letzten Augenblick des Lebens wandelbar ist. Nicht jedes Geschäft von Todeswegen ist zugleich eine letztwillige Verfügung.[9] Hieraus ergiebt sich denn, daß die bezüglich der Testamente geltenden Rechtssätze auf den Erbvertrag nicht anwendbar sind, sofern sie in ihrer besonderen Natur als letztwilliger Verfügung ihren Grund haben, daß sie aber entsprechende Anwendung finden, soweit sie sich in der Natur des Testamentes als eines Geschäftes von Todeswegen gründen.

2. Als Geschäft von Todeswegen bildet der Erbvertrag keine Schenkung, wenn er auch, was übrigens nicht immer der Fall ist, eine Liberalität enthalten sollte.

3. Nicht den Erbverträgen, sondern den Verträgen unter Lebenden zuzuzählen sind Geschäfte, durch welche Eltern ihren Kindern bei Lebzeiten ihr Vermögen oder einzelne Bestandtheile, z. B. ihre Grundstücke, abtreten,[10] also namentlich die Altentheilsverträge. Manche gemeinrechtliche Schriftsteller haben allerdings in derartigen Verträgen eine anticipirte Beerbung erblicken wollen.[11] Allein wenn auch der Beweggrund zu solchen Geschäften vielfach die Erwägung ist, daß die übernehmenden Kinder die künftigen Erben sind und daß ihnen nur im Voraus zugewendet wird, was sonst inskünftige an sie fallen würde, so hat doch eine solche Zuwendung eine andere rechtliche Natur als ein Geschäft von Todeswegen.

8) Vgl. L. R. I, 12 § 619.

9) Vgl. oben § 93 Anm. 1. — Das Landrecht hat den Gegensatz erkannt und im Wesentlichen festgehalten. Die Ueberschrift des zwölften Titels des ersten Theiles spricht hiernach von den Titeln zur Erwerbung des Eigenthums, welche aus Verordnungen von Todeswegen entstehen; nach § 2 des zwölften Titels können dergleichen Verfügungen „durch einseitige Willenserklärungen" oder „durch Verträge" getroffen werden. In § 619 des Titels werden die Erbverträge in Gegensatz gestellt zu „einseitigen letztwilligen Verordnungen", das Gleiche geschieht im § 646 des Titels; vgl. auch L. R. II, 1 § 438 ff. und § 481. Vgl. auch L. R. I, 12 § 627. Anderer Ansicht Eccius Bd. 4 § 247 Anm. 10.

10) Vgl. L. R. I, 12 § 656, R. G. Bd. 25 S. 37, Kam. Ger. Bd. 10 S. 97.

11) Es war dies die Ansicht von Ch. L. Runde die Rechtslehre von der Leibzucht oder dem Altentheil 1805, vgl. hiergegen u. A. Beseler Erbverträge Th. 2, 2 S. 200 ff.

§ 176. Voraussetzungen und Abschluß des Erbvertrages.

1. Zum Abschluß des Erbvertrages ist erfordert auf Seiten des Erblassers außer der Testirfähigkeit die Fähigkeit, durch Verträge Verbindlichkeiten zu übernehmen, auf Seite des Vertragserben durch Verträge Rechte zu erwerben.[1] Auch darf demselben nicht gesetzlich, z. B. weil er wegen Ehebruchs mit dem Erblasser verurtheilt ist, untersagt sein, etwas durch dessen Zuwendungen von Todeswegen zu gewinnen.

2. Der Erblasser kann einen Erbvertrag wie ein Testament nur in eigener Person errichten. Daher sind Minderjährige in der Regel nicht befugt, Erbverträge abzuschließen, denn in eigener Person sind sie hierzu nicht befugt, Vertretung aber ist ausgeschlossen.[2]

Bei Eheverträgen können jedoch Minderjährige unter Zustimmung ihres Vaters oder Vormundes über ihren Nachlaß rechtsgültig Vereinbarungen treffen. Dies rechtfertigt sich dadurch, daß derartige Vereinbarungen einen Bestandtheil der Gesammtverhandlung über die Eheschließung bilden, und nicht getrennt in Betracht gezogen werden, daß sie auch meist nicht in willkürlichen Erwägungen, sondern in der Sachlage und ihrer Nothwendigkeit begründet sind.[3]

Volljährige Hauskinder können ohne Zustimmung ihres Vaters, Ehefrauen ohne Zustimmung ihres Ehemannes Verträge über ihren Nachlaß schließen, da sie nicht schlechthin unfähig sind, sich durch Verträge zu verbinden, und nur über das der Verwaltung ihres Hausvaters oder Ehemannes unterstehende Vermögen unter Lebenden nicht verfügen können.[4]

3. Erbverträge, welche wegen Unfähigkeit des Vertragserblassers ungültig sind, werden nicht etwa als einseitige letztwillige Verfügungen erhalten, wenn der Erblasser zu solchen befähigt wäre. Denn es läßt sich,

---

1) Dies ist ohne Zweifel die Meinung von L. R. I, 12 § 618, welcher freilich nicht genau gefaßt ist.

2) So die herrschende Meinung, vgl. Beseler Th. 2, 1 S. 255, Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 337, Dernburg Vormundschaftsrecht § 67.

3) Einen positiven Anhalt für die behauptete Ausnahme giebt L. R. II, 18 § 776 ff., wonach der Abschluß etwaiger bei Verheirathung des Mündels einzugehender Erbverträge vom Vormund redlich zu besorgen ist, wobei die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts eingeholt werden soll. Diese Genehmigung soll ertheilt werden, wenn der Nutzen, welchen der Pflegebefohlene zu erwarten hat, den Nachtheil der Entsagung voraussichtlich überwiegt. Obgleich die Gesetzesbestimmung, soweit sie die Vertheilung der Vormundschaftsgeschäfte regelt, durch die Vormundschafsordnung vom 5. Juli 1875 aufgehoben ist, ist doch der bei ihr vorausgesetzte Satz, daß Erbverträge der gedachten Art in den Kreis der vormundschaftlichen Befugnisse fallen, als noch rechtsbeständig anzusehen. Vgl. Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 435, Korn Güterrecht S. 230 ff.

4) So auch Eccius Bd. 4 § 247 Anm. 14. Jedoch ist die entgegengesetzte Ansicht vielfach vertreten.

wie ausgeführt wurde, die Verfügung nicht in eine letztwillige Anordnung und einen Widerrufsverzicht theilen.[5]

4. Die Willenseinigung der Parteien über einen Erbvertrag, namentlich der Einfluß des Irrthums, des Zwangs, ist nach den allgemeinen Grundsätzen des Vertragsrechtes zu beurtheilen, nicht nach denen der letztwilligen Verfügung. Das Gleiche gilt für die Auslegung des Erbvertrags.

Bestritten ist insbesondere die Behandlung unsittlicher Bedingungen. Viele erachten solche Bedingungen nach Analogie letztwilliger Verfügungen als nicht zugefügt, Andere betrachten nach den Regeln der Verträge das ganze der Art bedingte Geschäft als ungültig. Letzteres ist das Richtige, da die Aufrechthaltung testamentarischer Verfügungen mit unsittlichen Bedingungen auf einer wohlwollenden Auslegung beruht, welche auf dem Boden des Vertrages nicht füglich Platz greifen kann. Das Obertribunal hat sich jedoch für die entgegengesetzte Ansicht entschieden.[6]

---

5) L. R. I, 12 § 619. Gemeinrechtlich ist die Frage sehr bestritten. Alle diejenigen, welche mit Hartmann den Erbvertrag in zwei Geschäfte zerlegen, müssen der entgegengesetzten Ansicht sein. So sagt auch Unger a. a. O. § 26 Anm. 9: „Von den beiden Elementen, welche der Erbvertrag enthält, Erbeinsetzung und Verzicht, bleibt der Erstere gültig, während der Zweite ungültig ist."

6) Striethorst Archiv Bd. 26 S. 13, Bd. 27 S. 287, Entsch. des O. Trib. Bd. 53 S. 73. Das O. Trib. wendet L. R. I, 12 § 63, wonach unsittliche Bedingungen bei letztwilligen Verordnungen als nicht zugefügt gelten, um deswillen auf Erbverträge an, weil dieselben letztwillige Verordnungen bildeten. Dies ist jedoch in Frage, und, wie — oben Anm. 9 — ausgeführt wurde, zu verneinen. Aus L. R. I, 12 § 647 ist nichts zur Entscheidung der Sache zu entnehmen. Bedeutsamer ist die Ausführung von Kurlbaum bei Gruchot Bd. 3 S. 215 ff., welcher davon ausgeht, daß die bezügliche Bestimmung für alle Verfügungen von Todeswegen passe. Denn, da der Erblasser sein Vermögen doch Andern von Todeswegen lassen müsse, und nur die Frage sei, welchen Personen, so könne man annehmen, daß er mit Stellung jener Bedingung nur einen sekundären Zweck erreichen wollte, von dessen Verwirklichung die Hauptanordnung nicht schlechthin abhängig gemacht werden solle. Es ist indessen auch sehr wohl möglich, daß die Erbeseinsetzung durch Vertrag der Kaufpreis der vom Erblasser verlangten Unsittlichkeit sein sollte, z. B. A. setzt den B. zum Erben ein, wenn er das Verhältniß des A. zur Frau des B. duldet. Bei testamentarischen Zuwendungen ist Aehnliches denkbar, aber bei der beliebigen Widerruflichkeit der Zuwendungen naturgemäß weniger häufig. Daher ist nicht gerechtfertigt, beim Erbvertrag von der regelmäßigen Behandlung unsittlicher Bedingungen abzugehen. Verschieden von der Theorie des Obertribunals, wenn auch ihr nahestehend, ist die von Hartmann a. a. O. S. 51. Vermöge der Zerlegung des Erbvertrages in zwei Geschäfte kommt dieser Schriftsteller zu dem Ergebnisse, sofern die Bedingung der Erbeseinsetzung beigefügt sei, müsse sie rechtlich als nicht vorhanden angesehen werden, insoweit sie den Widerrufsverzicht bedinge, vereitele sie dessen Wirksamkeit. Wenn sie, wie als Regel anzusehen sei, sich auf beide Geschäfte zugleich beziehe, könne die Erbeseinsetzung frei von ihrem Urheber widerrufen werden, sie diene aber, falls dies nicht geschehe, als Berufungsgrund der Erbfolge. Diese Auffassung hat Förster angenommen Bd. 4 § 247, da Erbverträge modificirte Testamente seien, nicht minder Eccius a. a. O. Anm. 47. Ueber die Unhaltbarkeit der Grundanschauung siehe oben § 175 bei Anm. 8. Gegen Hartmann vgl. auch Scharnweber bei Gruchot Beitr. Bd. 7 S. 489. Unserer Ansicht ist Bornemann Bd. 6 S. 150, Koch Erbr. S. 784 ff., Gruchot Erbr. Bd. 2 S. 389.

5. Gemeinrechtlich ist bestritten, ob Erbverträge formlos geschlossen werden können,[7] oder ob die Testamentsformen um deswillen einzuhalten sind, weil die Gründe, welche bei Testamenten für die Nothwendigkeit besonderer Formen sprechen, auch hier eingreifen. In Ermangelung gesetzlicher Vorschriften ist erstere Ansicht trotz ihrer zu Tage liegenden Inkonsequenz die herrschende geworden.[8] Nach preußischem Recht dagegen bedarf es der gerichtlichen Errichtung,[9] so daß der Erbvertrag entweder zu Protokoll erklärt oder schriftlich übergeben werden muß. Bei einseitigen Erbverträgen ist es zulässig, daß für den Vertragserben ein Stellvertreter mitwirkt.[10] Das Gericht muß wie zur Errichtung von Testamenten besetzt sein,[11] es müssen die sonstigen Erfordernisse der Testamentserrichtung, nicht minder, wie bei Testamenten, gerichtliche Niederlegung und Aufbewahrung gewahrt werden.[12] [13] Doch ist bei dem einseitigen Erbvertrage nur die Unterschrift des Erblassers, nicht die des Vertragserben wesentlich.[14]

4. Die Formen der privilegirten Testamente sind auf die Erbverträge nicht anwendbar.[15] Die Frage, ob ein in solchen Formen geschlossener Erbvertrag, falls die Voraussetzungen des Privilegiums der Testamentserrichtung bestanden, als Testament aufrecht zu halten ist, muß verneint werden, wenn nicht im gegebenen Falle der hierauf eventuell gerichtete Wille des Erblassers besonders geäußert ist.

---

7) Hierfür R. G. Bd. 8 S. 134.

8) Beseler Erbvertr. Th. 2, 1 S. 35 ff., insbesondere S. 52, Roth bayer. Civilrecht Bd. 3 S. 469. Sodann auch Striethorst Archiv Bd. 35 S. 24 ff. für das gemeine Recht, insbesondere für Neuvorpommern und Rügen, und schließlich R. G. Bd. 8 S. 134.

9) L. R. I, 12 § 621. Das corp. jur. Frid. p. II, lib. VII, tit. 10 § 6 Abs. 2, § 7 hatte diese Folge noch nicht gezogen, sondern nur Schriftlichkeit und Unterschrift zweier Zeugen gefordert. — Bezüglich der Form genügt die des Ortes des Abschlusses.

10) L. R. I, 12 § 621 fordert den persönlichen Abschluß durch die Vertragsschließenden. Hierbei ist jedoch wohl an gegenseitige Erbverträge gedacht. Daß die persönliche Gegenwart nur für den Vertragserblasser erfordert ist, nimmt auch an Koch Erbrecht S. 779, sowie Eccius Bd. 4 S. 309 Anm. 21.

11) Striethorst Archiv Bd. 84 S. 146.

12) L. R. I, 12 § 623 und Anhang § 43, Präj. des O. Trib. 1439. Nach Anhang § 431 zu A. G. O. II, 4 § 15 kann, wenn die einen Erbvertrag schließenden Eheleute die Geheimhaltung desselben nicht verlangen, wie bei einem anderen Vertrage verfahren und den Parteien auf Verlangen eine Ausfertigung ertheilt werden.

13) Ueber die gerichtliche Veröffentlichung der Erbverträge vgl. unten § 215 Anm. 23.

14) Entsch. des O. Trib. Bd. 15 S. 186 in einem Fall, in welchem der Vertragserbe schreibunkundig und sein Handzeichen nicht durch zwei Zeugen beglaubigt war, — auf Grund von L. R. I, 12 § 115 — oben § 108 Anm. 9 — und in Folge der Natur der Sache.

15) L. R. 1, 12 § 622. Es bezieht sich dies auch auf die Errichtung vor Dorfgerichten und Magistraten.

Ein Erbvertrag wird häufig in Verbindung mit anderen Verträgen geschlossen, z. B. bei Adoptionsverträgen, Anerkennung eines unehelichen Kindes, Anerbenverträgen, insbesondere bei Eheverträgen. Wurden letztere vor der Ehe geschlossen, so sind die Formen erleichtert. Denn Ehe- und Erbverträge können vor der Heirath notariell, von gemeinen Landleuten auch vor Dorfgerichten geschlossen werden.[16] [17]

Erbverträge unter Ehegatten nach Abschluß der Ehe unterliegen der regelmäßigen Testamentsform, verlangen also gerichtliche Aufnahme oder Uebergabe wie Testamente. Soweit sich die Ehefrau hierbei zu Gunsten ihres Mannes verbindlich macht, treten auch die besonderen Erschwerungen der Form solcher Verträge ein, so daß es dann gerichtlicher Aufnahme unter Zuziehung eines Beistandes bedarf,[18] widrigenfalls der Erbvertrag von Seiten der Frau anfechtbar ist. Hierher gehört auch der Fall, daß die Ehefrau von den ihr gesetzlich gegenüber ihrem Manne zustehenden Erbrechten etwas aufgiebt.[19] Man nimmt an, daß die besondere Erschwerung der Form nicht eintritt, wenn die Frau bloß über ihren Nachlaß zu Gunsten ihres Mannes verfügt.[20]

§ 177. Wirkungen des Erbeinsetzungsvertrages.

1. Der Erbeinsetzungsvertrag, dazu bestimmt, die Schicksale des Nachlasses zu regeln, behindert den vertragschließenden Erblasser in seinen Verfügungen unter Lebenden nicht.[1] Nicht blos lästige Geschäfte, auch

---

16) L. R. II, 1 § 440, vgl. oben § 7 bei Anm. 1 und 2. Zweifel können für die landrechtlichen Provinzen entstehen, in welchen die ersten Titel des zweiten Theiles des L. R. suspendirt sind, da hier nur die Regel von L. R. I, 12 § 621, nicht aber die L. R. II, 1 § 440 enthaltene Modifikation in Gesetzeskraft überging. Man wird indessen annehmen, daß der § 621 L. R. I, 12 auch hier in demselben Sinne publicirt werden sollte, in dem er in den Provinzen gilt, in welchen das Landrecht unverstümmelt aufgenommen ist. So Ulrich Archiv Bd. 14 S. 655. Bezüglich der anscheinend sarkastischen Bemerkung von Eccius Bd. 4 § 247 Anm. 24, meine Zweifel beruhten anscheinend „auf der irrigen Annahme, daß die in der A. G. O. II, 2 § 12 zu lesende Bestimmung im zweiten Theil des L. R. stehe", vgl. die Ausführung des angeführten Archivs: „Die Form der Verträge wird nicht nach den im 2. Theil der A. G. O. vorkommenden Rekapitulationen der landrechtlichen Bestimmungen, sondern nach dem materiellen Recht beurtheilt."

17) Werden Erbverträge in gerichtlich geschlossenen Eheverträgen abgeschlossen, so wird die regelmäßige Testamentsform, insbesondere die Zuziehung des Protokollführers verlangt. Entsch. des O. Trib. Bd. 27 S. 459.

18) L. R. II, 1 § 198 ff. Vgl. oben § 7 Ziff. 3, aber auch R. G. Bd. 32 S. 187.

19) L. R. II, 1 § 441, und dazu Levy bei Gruchot Bd. 33 S. 453. Entsch. des O. Trib. Bd. 21 S. 204. Striethorst Archiv Bd. 99 S. 28. Ueber die Anfechtung vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 53 S. 68.

20) Striethorst Archiv Bd. 1 S. 252.

1) L. R. I, 12 § 624. So auch Beseler Erbverträge Th. 2, 1 S. 257 u. A. Anders die ältere Theorie Stryk tract. de succ. ab intestato diss. VIII, cap. 5 § 24, dagegen bereits Hommel rhaps. VI, obs. 708.

Schenkungen unter Lebenden stehen ihm also offen dessenungeachtet, daß sich hierdurch der Betrag des Nachlasses mindert.[2]

Der Vertragserbe hat gegen den Mißbrauch dieser Rechte nur in beschränktem Maße Rechtsmittel, da die Freiheit des Vertragserblassers in seinen Handlungen unter Lebenden ein nicht verkümmerbares Gut sein soll.[3] Wegen Verschwendung des Erblassers kann er auf dessen Entmündigung antragen.[4] Hat der Erblasser Schenkungen über die Hälfte seines Vermögens hinaus vorgenommen und dabei auf Anfechtung wegen Uebermaßes verzichtet, so steht seinem Vertragserben dieser Verzicht nicht entgegen, falls er die Erbschaft innerhalb 3 Jahren von der Schenkung ab erwirbt und innerhalb dieser Zeit den Widerruf vornimmt.[5]

Der Vertragserbe kann sich durch Vertrag größere Garantien verschaffen, z. B. die Unveräußerlichkeit gewisser Grundstücke ausbedingen und durch Eintragung sicher stellen lassen.

Vergiebt der Erblasser sein Vermögen unter Lebenden an Dritte, die mit ihm kolludiren, um böswillig den Erbvertrag zu vereiteln, so sind diese Dritten dem Vertragserben schadensersatzpflichtig.[6]

2. Verfügungen von Todeswegen kann der Erblasser nach Abschluß des Erbvertrages zum Nachtheile des Vertragserben nicht mehr treffen.[7] Es gilt dies namentlich für Erbeseinsetzungen, ferner für Vermächtnisse und Schenkungen von Todeswegen,[8] und selbst für Ernennung von Testamentsvollstreckern.[9] Doch kann sich der Erblasser letztwillige Verfügungen in

---

2) L. R. I, 12 § 625.

3) Vgl. die zutreffenden Bemerkungen von Suarez in der revisio monitorum bei Bornemann Bd. 6 S. 142.

4) L. R. I, 12 § 626. R. C. P. O. § 621, § 595 Abs. 1.

5) L. R. I, 12 § 625 und I, 11 § 1093, oben Bd. 2 § 164 Anm. 6. Die Meinungen sind getheilt, ob der Vertragserbe auch bei Lebzeiten des Erblassers dessen übermäßige Schenkungen zurückrufen kann, wie Bornemann Bd. 6 S. 142 ff. annimmt, oder nur nach dem Tode des Schenkers. Für die letztere Ansicht hat sich erklärt Göppert Beiträge zum Miteigenthum S. 7 Anm. 1, und Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 354. Man wird dieser Ansicht beizutreten haben, da das Gesetz keinesfalls deutlich ausspricht, daß dem Vertragserben der Widerruf von Schenkungen seines Erblassers während dessen Lebens zustehe, was doch jedenfalls eine gesteigerte Singularität wäre, die nicht unterstellt werden kann. Auch sind es vorzugsweise Schenkungen, die bei Herannahen des Todes geschehen, welche dem Vertragserben gefährlich werden, da der Erblasser in der Lebensfrische Schenkungen in übermäßiger Höhe vorzunehmen meist Anstand nehmen wird.

6) So auch Beseler Erbverträge Th. 2, 1 S. 260. Vgl. L. R. I, 6 § 10. A. Ansicht Eccius Bd. 4 § 247 Anm. 26. Er wendet ein: Solche Klage könne nur auf Schadensersatz gehen. Die Vernichtung einer Hoffnung aber sei kein Schaden. Doch der Vertragserbe hat keineswegs bloß eine Hoffnung.

7) L. R. I, 12 § 627. Vgl. oben § 104 Anm. 2.

8) L. R. I, 11 § 1135.

9) Im Ehevertrage seiner Gattin ein Witthum auszusetzen, ist dem Vertragserblasser nicht verboten, Striethorst Archiv Bd. 69 S. 61, siehe oben § 6.

gewissem Maße oder für gewisse Fälle vertragsmäßig vorbehalten.[10] Hiervon abgesehen ist er nach besonderer Bestimmung des Landrechtes befugt, falls er sich dieses Rechtes nicht begeben hat, trotz des Erbvertrags noch über $^1/_{20}$ seines Nachlasses durch Vermächtnisse zu verfügen.[11]

3. Die Berufung des Vertragserben verwirklicht sich wie jede andere Berufung nur, wenn der Erbe den Erblasser überlebt.[12] Dem Vertragserben steht es frei, die ihm mit dem Tode des Erblassers anfallende Erbschaft entweder unter Vorbehalt oder ohne solchen zu übernehmen, oder ihr zu entsagen. Durch Vereinbarung kann er sich des Rechtes der Entsagung begeben, wogegen das Versprechen, ohne Vorbehalt anzutreten, unverbindlich ist.[13] Entsagt der Vertragserbe rechtsgültig, so schlägt er hiermit auch das ihm etwa zustehende gesetzliche Erbrecht aus.[14][15] Pflicht-

10) Ist in dem Erbvertrage die letztwillige Verfügung über eine Sache oder Summe vorbehalten, so finden nach L. R. I, 12 § 630 die Verordnungen des elften Titels §§ 1087, 1088 Anwendung, wonach das Vorbehaltene, falls der Schenker keine Verfügung traf, den gesetzlichen Erben, wenn sie Descendenten, Ascendenten, Geschwister oder Geschwisterkinder sind, anheimfällt, vgl. oben Bd. 2 § 161 Anm. 20. Gleiches wäre anzunehmen, wenn der Erblasser sich die Verfügung über eine Quote der Erbschaft vorbehalten hätte. Es wird hiermit eine gemeinrechtliche Streitfrage entschieden, aber wohl nicht in zutreffender Weise. Nach allgemeinen Grundsätzen wäre zu entscheiden, daß der Vertragserbe, wenn der Erblasser keine dem Vorbehalt entsprechende Verfügung getroffen hat, ein unbeschränktes Recht erhält, da der Fall der Beschränkung nicht eingetreten ist. Vgl. Beseler Erbverträge Th. 2, 1 S. 287 ff.

11) L. R. I, 12 § 628. Vgl. noch Entsch. des O. Trib. Bd. 50 S. 162, R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 961. Die im Erbvertrage angeordneten Vermächtnisse sind hierbei nicht einzurechnen.

12) L. R. I, 12 § 631 spricht für die wechselseitigen Erbverträge aus, daß nur der Ueberlebende ein Erbrecht erlangt und daß die Erben oder Nachkommen des Erstverstorbenen auf den künftigen Nachlaß des Ueberlebenden keinen Anspruch haben. Dies ist selbstverständlich, da jede der gegenseitigen Erbeinsetzungen an die Bedingung des früheren Sterbens des Testators geknüpft ist. Für die Frage, ob bei einseitigen Erbverträgen die Berufung des Vertragserben auf dessen Erben im Falle seines Versterbens vor dem Erblasser übergeht, fehlt eine gesetzliche Entscheidung. Dafür läßt sich anführen, daß in der Regel Rechte aus Verträgen auf die Erben übergehen, L. R. I, 5 § 415, I, 9 § 362; aber dies kann nicht entscheiden, falls der Gegenstand des Vertrages wie bei Zuwendungen von Todeswegen eine persönliche Befugniß ist. So das O. Trib. in Ulrichs Archiv Bd. 13 S. 125 ff. und Koch Erbrecht § 74 Anm. 30, Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 366, Eccius Bd. 4 § 247. Hiermit stimmt die jetzt herrschende gemeinrechtliche Ansicht überein, Beseler Erbverträge Th. 2, 1 S. 305, Hartmann Erbvertr. S. 69. Ueber Aeltere siehe die bei Bülow und Hagemann Bd. 4 n. 71 Angeführten. Die Verneinung der Frage entspricht auch in den meisten Fällen dem praktischen Bedürfniß. Der Absicht des Ehemannes z. B., welcher seiner Ehefrau im Erbvertrage ein Erbrecht einräumte, würde durch den Uebergang dieses Erbrechtes auf beliebige Erben der Frau offenbar nicht Genüge geleistet.

13) L. R. I, 12 §§ 643, 644.

14) L. R. I, 12 §§ 641, 642.

15) L. R. II, 1 § 449 hebt für den überlebenden Ehegatten hervor, daß ihm die Wahl vorbehalten werden kann zwischen dem vertragsmäßig Zugewendeten und seinem gesetzlichen Erbanspruch.

theilsberechtigte begeben sich stillschweigend durch Abschluß des Erbvertrags weitergehender Pflichttheilsrechte, falls sie dieselben nicht besonders vorbehalten haben.[16]

4. Unter Vertragserben findet das Recht des Zuwachses insoweit statt, als dies dem im Erbvertrage niedergelegten Willen entspricht.[17]

5. Zu Gunsten Dritter in einem Erbvertrage getroffene Verfügungen[18] können einseitige letztwillige Bestimmungen bilden, sei es, daß der Erblasser neben dem Vertragserben testamentarische Erben beruft, sei es, daß er dem Vertragserben zu Gunsten der Dritten Vermächtnisse auflegt, welche er widerrufen kann.[19] In solchem Falle besteht eine bloß äußere Verbindung zwischen den Vertragsbestimmungen und den testamentarischen Anordnungen, welche beide ihren besonderen Regeln unterstehen.[20] Grundsätzlich verschieden ist der Fall, wenn vertragsmäßig zu Gunsten Dritter Zuwendungen auf den Todesfall ausbedungen sind.[21] Dann erhält der Dritte schon bei Lebzeiten des Erblassers ein selbständiges Recht, wenn er am Vertrage Theil nahm oder auf Auffordern demselben beitrat; dies Recht kann ihm daher später durch den Erblasser nicht mehr entzogen werden. Bis der Beitritt erfolgt, hat eine derartige Verfügung die Kraft einer letztwilligen Verfügung, so daß sie zwar Seitens des Erblassers widerruflich ist, aber

---

16) Entsch. des O. Trib. Bd. 15 S. 180 ff., Koch zu L. R. I, 12 § 642 nimmt das Gegentheil an. Aber was für den in einem Testamente Ernannten in L. R. I, 9 § 402 verordnet ist, paßt für den Vertragserben nicht. Wie die Gegenansicht dadurch gestützt werden soll, daß L. R. I, 12 § 642 den § 402 nicht anführt, ist unerfindlich. — Eccius Bd. 4 § 247 Anm. 5 fragt, sich gegen den Satz unseres Textes wendend: Soll auch derjenige, der sich beim Vertragsschluß nicht für pflichttheilsberechtigt hielt, als verzichtend gelten? Irrthum ist allerdings vorbehalten. Das beweist nichts gegen den Satz im Allgemeinen. — Jedenfalls gilt er für die als Pflichttheil zu hinterlassende gesetzliche Portion der Ehegatten, da dieselbe nur für den Fall anfällt, daß keine Verträge unter den Ehegatten geschlossen oder rechtsgültige Testamente vorhanden sind, L. R. II, 1 § 438, unten § 199 Anm. 21.

17) L. R. I, 12 § 645. Gemeinrechtlich ist die Frage bestritten. Selbstverständlich tritt nach preußischem Rechte kein Zuwachsrecht ein, wenn sich der Erbvertrag nur auf einen Antheil der Hinterlassenschaft erstreckt, vielmehr fallen dann die anderen Antheile an die Testaments- und in deren Ermangelung an die gesetzlichen Erben, L. R. I, 12 § 629.

18) Vgl. L. R. I, 12 § 646, Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 382 ff.

19) Schlägt der Vertragserbe die Erbschaft aus, so gehen die erwähnten Lasten zweifelsohne auf die gesetzlichen Erben über.

20) Eccius Bd. 4 § 247 Anm. 18 bemerkt: „zu vermuthen sei eine solche Verbindung selbständiger Akte nicht." Das mag sein, es besteht aber auch keine Vermuthung gegen diese Annahme. Im Sinne des Erblassers handelt es sich um eine einheitliche Willenserklärung, welche der Jurist in verschiedene Geschäfte auflöst.

21) Das wird vom Obertribunal angenommen, wenn Ascendenten, welche dabei ihre Descendenten als vertretend gelten, diesen im Erbvertrage Vortheile bedingen, Striethorst Archiv Bd. 83 S. 357, vgl. R. G. bei Bolze Bd. 4 Nr. 923. Es wird hierbei auf die Analogie der Gutsüberlassungen Bezug genommen, vgl. oben Bd. 2 § 20.

den Vertragserben verbindet, wenn der Vertragserblasser stirbt, ohne widerrufen zu haben.[22]

§ 178. Entkräftung des Erbeinsetzungsvertrages.[1]

1. Der Erbvertrag wird vereitelt, wenn der Vertragserbe den Vertragserblasser nicht überlebt,[2] oder der Zuwendung entsagt.

2. Gegen den Erbvertrag finden die Bestimmungen des Pflichttheils- und Notherbenrechtes Anwendung.[3] Auch der Erbvertrag wird daher entkräftet unter den Umständen, unter welchen ein Testament durch Nachgeburt von Kindern, sowie Verehelichung des Erblassers aufgehoben wird. Durch eine Kindesannahme jedoch wird er nicht berührt, denn sie hat das Wesen eines neuen Erbvertrags, kann den früher geschlossenen Erbvertrag also nicht antasten.

3. Beidseitiger Widerruf des Erbvertrages hebt denselben auf, einseitiger in der Regel nicht.[4]

Doch kann sich der Erblasser den Widerruf unter gewissen Bedingungen, oder auch nach Gutdünken vorbehalten haben.[5]

Der Widerruf fordert dieselben Formen, wie derjenige eines Testamentes.[6]

---

22) War in einem gegenseitigen Erbvertrage bestimmt, daß der Ueberlebende an der vertragsmäßig bestimmten Erbfolge eines Dritten in das gesammte Vermögen der Vertragschließenden nichts solle ändern können, so ist, wenn auch dieser Dritte dem Vertrage nicht beigetreten ist, der Ueberlebende keinesfalls befugt, über das von seinem Vertragserblasser stammende Vermögen zu verfügen, da der Dritte als fideikommissarischer Substitut in dessen Nachlaß gilt, L. R. I, 12 § 632. Aber auch in Ansehung des eigenen Vermögens kann der überlebende Vertragserbe nicht einseitig dem Vertrage zuwider verfügen. Denn der Dritte kann als substituirter Erbe des Erstverstorbenen aus dem Rechte dieses seines Erblassers dessen Recht geltend machen und mithin verlangen, daß der überlebende Vertragserbe seiner verträgsmäßigen Verpflichtung, in der Erbfolge über den Gesammtnachlaß nichts letztwillig zu ändern, nachkomme. So Entsch. des O. Trib. Bd. 53 S. 67 ff.

1) L. R. I, 12 §§ 647. 634 ff., Beseler Erbverträge Th. 2, 2 S. 293 ff.

2) Vgl. oben § 175 Ziff. 1 und § 177 bei Anm. 12.

3) L. R. I, 12 § 647 spricht nur von der „Dazwischenkunft ehelicher Kinder".

4) Dem einseitigen Antrage auf Rückgabe des Erbvertrages hat das Gericht nicht nachzukommen; auf beiderseitigen Antrag hat die Rückgabe zu erfolgen, welche dann die Aufhebung bewirkt.

5) Haben sich bei einem gegenseitigen „Erbvertrag" beide Theile den beliebigen Widerruf vorbehalten, so bildet das Geschäft ein gegenseitiges Testament, L. R. I, 12 § 635. Widerruft der eine Theil einen solchen Erbvertrag, so verliert derselbe für den andern Theil seine Kraft, soweit es sich um korrespektive Bestimmungen handelt. Hat sich nur ein Theil den Widerruf vorbehalten und vollzieht er denselben, so gilt das Gleiche L. R. I, 12 § 637 ff.

6) Vgl. L. R. I, 12 §§ 587. 621. R. G. Bd. 10 S. 250.

4. Soweit der Erblasser Geschäfte unter Lebenden widerrufen oder anfechten kann, z. B. wegen Betrugs des anderen Theiles, ist er, beziehungsweise sein gesetzlicher Erbe, auch zur Anfechtung von Erbverträgen befugt.[7] Ein Widerruf wegen Undankbarkeit nach Analogie der Schenkungen findet bei Erbverträgen nicht statt.[8] Dagegen ist eine Anfechtung wegen Unwürdigkeit des Vertragserben zulässig, namentlich dann, wenn derselbe den Tod des Erblassers veranlaßt hat.[9]

5. Gegenseitige Erbverträge stehen in wechselseitiger Abhängigkeit. Die Entkräftung des einen zieht die des anderen nach sich.

§ 179. Partikulare Erbverträge.[1]

1. Partikulare Erbverträge, welche keine Erbeseinsetzung, sondern Einzelzuwendungen enthalten, sind nach der richtigen, wenn auch bestrittenen Ansicht gemeinrechtlich zulässig[2] und zweifelsohne nach preußischem Rechte wirksam. Namentlich kommt es nicht selten vor, daß die Ehegatten sich durch Erbvertrag die Nutznießung an ihrer Verlassenschaft zuwenden.

Erbverträge, welche Einzelzuwendungen treffen, können den Schenkungen von Todeswegen nahe kommen. Es ist jedoch die Schenkungsabsicht hier nicht erforderlich, vielmehr kann ein solcher Erbvertrag auch gegen Entgelt zu Stande kommen, sei es, daß es sich um gegenseitige Zuwendungen handelte oder daß eine andere Gegenleistung gewährt ist.[3] Und jedenfalls ist die Schenkung von Todeswegen widerruflich, der partikulare Erbvertrag nicht.

2. Auf den partikularen Erbvertrag sind die Grundsätze des Erbeinsetzungsvertrages entsprechend anzuwenden. Daher ist seine Verwirklichung davon abhängig, daß der Bedachte den Erblasser überlebt; geht ferner das Eigenthum des zugewendeten Gegenstandes erst mit dem Tode des Erblassers auf den im Vertrage Begünstigten über.[4]

---

7) Vgl. L. R. I, 12 § 634.

8) Beseler a. a. O. S. 312.

9) Ist der Erbvertrag zwischen Ehegatten abgeschlossen und tritt Scheidung ein, so kann der unschuldige Theil in Anspruch nehmen, was ihm für den Todesfall des anderen Theiles verschrieben ist, L. R. II, 1 § 792; sofern er nicht, was ihm freisteht, die gesetzliche Abfindung wählte, § 793 a. a. O. Oben § 20 Buchst. a. Im Uebrigen verliert der Erbvertrag die Kraft, vgl. L. R. II, 1 § 489.

1) L. R. I, 12 § 620. Vgl. Hartmann Erbvertrag S. 73 ff., Roth bayer. Civilrecht Bd. 3 § 336.

2) Beseler Erbverträge Th. 2, 1 S. 22 ff., S. 213 hält solche Verträge gemeinrechtlich für unzulässig. Dagegen u. A. Hartmann a. a. O., Gruchot Erbr. Bd. 2 S. 340 ff.

3) Ueber Legate siehe oben § 132.

4) Vgl. auch L. R. II, 1 § 469, Roth a. a. O. § 336 Anm. 2. Das Recht ist unabhängig von dem Antritt eines Erben.

Die Beitragspflicht der gewöhnlichen Vermächtnißnehmer zur Tilgung der Schulden des Erblassers hat der Vermächtnißpaciscent nicht, vielmehr haben die Erbschaftsgläubiger gegen ihn nur ein Anfechtungsrecht, falls die allgemeinen Voraussetzungen eines solchen gegeben sind. Letztwillige Verfügungen des Erblassers über den vertragsmäßig zugewendeten Gegenstand können zweifelsohne das Recht des Vermächtnißpaciscenten nicht schmälern. Sind aber dem Erblasser Verfügungen unter Lebenden, wie im Falle des Erbeinsetzungsvertrages, unbeschränkt verstattet? Dies würde den partikularen Erbvertrag leicht vereiteln und der beim Vertragsschlusse gehegten Absicht oft nicht entsprechen.[5] Dieser vermuthlichen Absicht gemäß wird in den verschiedenen Fällen eine verschiedene Behandlung einzutreten haben. Ist dem anderen Theil der Nießbrauch des Gesammtvermögens oder einer Quote desselben vermacht, so wird man dem Erblasser dieselben Befugnisse zugestehen, wie bei einer vertragsmäßigen Erbeseinsetzung. Hat er aber eine Sachgesammtheit, z. B. eine Bibliothek, zugewendet, so wird dem Erblasser zwar Verfügung über einzelne Stücke zustehen, in der Veräußerung der Gesammtheit dagegen läge eine Vertragsverletzung.[6] Hat endlich der Erblasser dem Mitpaciscenten eine Species, z. B. ein Grundstück, zugesichert, so liegt hierin stillschweigend ein Versprechen der Nichtveräußerung unter Lebenden. In derartigen Fällen ist der gleichwohl veräußernde Vertragserblasser, beziehungsweise sein Erbe dem getäuschten Vermächtnißpaciscenten ersatzpflichtig.[7]

§ 180. Erbentsagungsverträge. Erfordernisse.[1]

I. Nach römischem Rechte waren Erbentsagungsverträge während der Lebenszeit des künftigen Erblassers unzulässig,[2] denn die Entsagung auf eine Erbschaft setzte beim Entsagenden schlechthin Berufung und Kenntniß derselben voraus. Dagegen ließ das kanonische Recht eidlich bestärkte Erbentsagungen zu.[3] In Deutschland kamen Erbverzichte schon vor der Reception

---

5) Manche Juristen, z. B. Eichhorn P. R. § 344c, Kreittmayr, Anm. 6a zum Bayr. L. R. III, 11 § 1 nahmen an, der Vermächtnißpaciscent habe schon bei Lebzeiten des Erblassers ein dingliches Recht an der vertragsmäßig vermachten Sache.

6) Viel zu weit geht Förster Bd. 4 § 247 Anm. 80. Vgl. aber auch Hartmann S. 83.

7) Vgl. Roth a. a. O. § 336 Anm. 4.

1) L. R. I, 12 § 649 ff., II, 2 § 481 ff., Meisner in Hinschius Zeitschrift für Gesetzgebung Bd. 2 S. 534, Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 391, Bd. 3 S. 258, Hasse rhein. Museum Bd. 2 S. 161 ff., S. 218 ff., Beseler Erbverträge Th. 2, 1 S. 68, Th. 2, 2 S. 215, Unger östr. Erbr. § 30, Roth bayer. Civilrecht Bd. 3 S. 652.

2) l. 16 D. de suis 38, 16, l. 3 C. de collat. 6, 20.

3) Cap. 2 in 6to de pactis 1, 18.

des römischen Rechtes vor[4] und wurden später als besondere Arten der Erbverträge — pacta hereditaria renuntiativa — generell anerkannt. So erhielten sie im gemeinen[5] und im preußischen Rechte Geltung.[6]

II. Nach preußischem Rechte sind zu unterscheiden Erbentsagungsverträge, welche zwischen dem künftigen Erblasser und seinem vermuthlichen Erben geschlossen werden, und solche, die der vermuthliche Erbe bei Lebzeiten des Erblassers mit seinen Miterben eingeht.

1. Der Vertrag, wodurch der künftige Erbe gegenüber seinem Erblasser auf sein Erbrecht verzichtet, wird gemeinrechtlich allein als Erbentsagungsvertrag bezeichnet. Das Landrecht erwähnt desselben nur bei der Entsagung von Descendenten auf die Erbschaft des Ascendenten,[7] seine allgemeine Zulässigkeit ist dabei aber vorausgesetzt.[8] Die Erbentsagung ist als Geschäft von Todeswegen keine Schenkung, auch wenn sie ohne Entgelt erfolgt ist; sehr häufig geschieht sie aber gegen Entgelt, und bildet dann ein lästiges Geschäft.

Um einer künftigen Erbschaft zu entsagen, bedarf es der Fähigkeit, auf Rechte zu verzichten. Für Bevormundete kann der Vormund unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes entsagen,[9] für Hauskinder der Vater, Ehefrauen bedürfen in der Regel der ehemännlichen Zustimmung. Verträge der Eltern jedoch, durch welche die mit ihnen vertragschließenden Kinder von deren Nachlaß ausgeschlossen oder im Pflichttheil verkürzt werden sollen, sind überhaupt nur zuläßig, wenn dieselben volljährig und außerdem der väterlichen Gewalt entlassen sind.[10]

Nach älterem deutschen Rechte beburften Erbverzichte der gerichtlichen Form,[11] während sie gemeinrechtlich, wie Erbverträge, formlos errichtet werden.[12] Das Landrecht hat die Vorschrift, daß die vorgedachten Ver-

---

4) Beseler Erbverträge Th. 2, 2 S. 215 ff. Es bildeten sich vornehmlich zwei Arten des Erbverzichts aus, bei der Verheirathung der Tochter und bei der Abschichtung der Kinder aus der Were.

5) Dennoch will Hartmann a. a. O. S. 67 Anm. 1 den Erbverzicht nicht als gemeinrechtlich ansehen.

6) Im Falle einer Statutenkollision entscheidet sich die Frage der Geltung des Erbverzichts nach dem Rechte des letzten Wohnsitzes des Erblassers, da sich hiernach bestimmt, wem die Erbschaft anfällt und hierfür der Erbverzicht bestimmend sein soll, R. G. Bd. 8 S. 145 und Bd. 31 S. 155.

7) L. R. II, 2 § 483 ff.

8) Entsch. des O. Trib. Bd. 20 S. 150 spricht sich für die Zulässigkeit eines Vertrags zwischen Ehegatten aus, welcher die Entsagung auf die gesetzliche Erbfolge in das Vermögen des Ueberlebenden bezweckt.

9) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 42 Ziff. 14, oben § 85.

10) L. R. II, 2 § 484.

11) Sachsenspiegel I, 13 § 2.

12) Vgl. Beseler Erbverträge Th. 2, 2 S. 245 und oben § 176 Ziff. 5.

träge der Kinder mit ihren Eltern vor dem ordentlichen Gericht der ersteren abgeschlossen werden müssen.[13] Daß bei solchen Verträgen außerdem die Formalien eines Erbvertrages gewahrt werden, ist nicht gefordert und nicht in das Gesetz hineinzutragen.[14] Die besondere Vorschrift für die Form der Erbentsagungsverträge mit Kindern gestattet den Schluß, daß im Allgemeinen Verträge dieser Art nur den allgemeinen Vorschriften für die Form von Entsagungsverträgen unterliegen.[15]

2. Nach römischer Anschauung waren Verträge, wodurch über die künftige Erbschaft eines bestimmten noch lebenden Dritten verfügt wurde, als unsittlich schlechthin nichtig, wenn nicht der künftige Erblasser zugezogen war und seine Genehmigung ertheilte.[16] Die neuere Theorie erachtet überwiegend diese Ungültigkeit auch als gemeinrechtlich,[17] während man in früherer Zeit mit mehr Recht die verschiedenen Fälle sonderte, da solche Verträge allerdings das gesunde moralische Gefühl verletzen können und dann als unsittlich zu erachten sind, unter Umständen aber die Erreichung gerechtfertigter Absichten

13) L. R. II, 2 § 484. Die Beobachtung der hier vorgeschriebenen Form ist nöthig, wenn die Entsagung auch den Pflichttheil des Entsagenden ergreifen soll, ohne Unterschied ob dem Entsagenden durch gewährte Abfindungen der Pflichttheil, wie er sich im Augenblicke des Abschlusses des Entsagungsvertrages oder später zur Zeit des Todes stellt, in der That erfüllt ist. Es handelt sich um eine Formvorschrift, bei der die Frage der materiellen Verkürzung im Einzelfalle nicht in Betracht zu ziehen ist. Wurde die Form nicht beobachtet, so ist der Entsagungsvertrag nichtig, und es wird dem Descendenten die ordentliche Erbfolge eröffnet, immerhin, da die Form bloß zu seinen Gunsten gefordert wird, nur, wenn er die Nichtigkeit der Entsagung geltend macht. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 7 S. 237. Mit Unrecht nimmt Krantz bei Gruchot Beitr. Bd. 3 S. 55 ff. an, daß ein unförmlicher Erbentsagungsvertrag, wenn die Voraussetzungen eines gültigen Testaments vorhanden seien, als testamentarische Verfügung aufrecht zu erhalten sei, vorausgesetzt, daß ein Widerruf des Parens nicht erfolgte. Der Vertrag fällt in allen seinen Theilen zusammen und kann nicht solchergestalt in einer einzelnen Beziehung erhalten werden. Das Obertribunal hat erkannt, daß L. R. II, 2 § 484 in der Mark nicht suspendirt sei, weil die Form der Erbentsagungsverträge nach gemeinem Rechte nicht zweifelsfrei sei; Striethorst Archiv Bd. 29 S. 98.

14) In diesem Sinne Obertribunal, Entsch. Bd. 63 S. 131. Vgl. jedoch Eccius Bd. 4 § 265 Anm. 23.

15) Die Frage ist bestritten. Nach der Ansicht mancher Schriftsteller, insbesondere von Herdinck in Ulrichs Archiv Bd. 15 S. 318 ff., Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 403, Koch Erbrecht § 82 S. 871 ist die Form des Erbvertrages erfordert, wofür man sich darauf beruft, daß die Erbentsagungsverträge eine Unterart des Erbvertrags bildeten. Allein mit Recht hat das O. Trib. Entsch. Bd. 20 S. 153 und öfter die Regel der Erbverträge bei der Verschiedenheit der Verhältnisse nicht für maßgebend bei den Erbentsagungsverträgen erachtet. So auch R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 976 und R. G. Bd. 32 S. 186.

16) l. 29 § 2 D. de donat. 39, 5, l. 2 § 3 D. de his, quae ut indignis 34, 9. Die Erbschaft fiel, da der Erbe unwürdig war, an den Fiskus. Als gemeines Recht trägt dies u. A. vor Windscheid Bd. 3 § 670 unter 5.

17) Hasse rheinisches Museum Bd. 2 S. 222 ff. und hiernach fast alle Späteren. Diese Theorie hat auch in der Praxis Wurzel gefaßt, Seuffert Archiv Bd. 2 Nr. 313, Bd. 8 Nr. 153, Bd. 13 Nr. 151, Bd. 18 Nr. 91.

bezwecken und durchaus nicht unziemlich oder gar niederträchtig und gemeingefährlich sind.[18]

Das preußische Recht läßt Verträge unter den gesetzlichen Miterben gelten, durch welche einer künftigen bestimmten Erbschaft entsagt wird oder die Theilung einer solchen Erbschaft im Voraus bestimmt wird. Zur Rechtsgültigkeit bedarf es der Zustimmung des Erblassers nicht.[19]

Entsagungsverträge zu Gunsten eines Fremden sollen in der Regel nur gültig sein, wenn der Erblasser dem Vertrage ausdrücklich beitritt, wodurch er dem Fremden die Erbschaft vertragsmäßig zuwendet. Der Erblasser schließt hier also einerseits einen Erbentsagungsvertrag mit seinem vermuthlichen Erben und andrerseits einen Erbeinsetzungsvertrag mit dem Dritten, zu dessen Gunsten jener Erbe entsagt. Entsagungsverträge mit Fremden sind aber ohne Beitritt des Erblassers rechtsgültig, wenn dieser zur Abgabe einer gültigen Willenserklärung unfähig ist, doch ist dann gerichtliche Abfassung erfordert. In derartigen Verträgen zu Gunsten Fremder liegt übrigens im Grunde nicht sowohl eine Entsagung, als eine Veräußerung des Erbfolgerechtes, die anomaler Weise schon bei Lebzeiten des Erblassers als zulässig erachtet wird.

§ 181. Inhalt und Wirkung des Erbentsagungsvertrages.

1. Der Erbentsagungsvertrag kann sich auf vertragsmäßiges, testamentarisches oder gesetzliches Erbfolgerecht beziehen. Er ist vorzugsweise dann von Bedeutung, wenn der Verzichtende einen Erbanspruch hat, welchen der Erblasser nicht willkürlich entziehen kann, er ist aber hierauf keineswegs beschränkt.[1] Stehen dem Entsagenden mehrere Berufungsgründe zur Seite, so ist es Frage des besonderen Falles, ob sich die Entsagung auf alle oder nur auf einzelne bezieht.[2] Ebenso ist es Thatfrage, ob der Verzicht

---

18) So noch Buddeus in Weiskes Rechtslexikon Bd. 4 S. 30 ff., Seuffert Archiv Bd. 13 Nr. 44, Bd. 14 Nr. 216, Bd. 20 Nr. 51. Man denke z. B., der Vater ist alt und kindisch, das eine der Kinder wandert aus, die Geschwister zahlen ihm seinen Erbtheil im Voraus aus ihren Mitteln und er entsagt dafür dem Erbrechte in das Vermögen des Vaters. Wo liegt in diesem und ähnlichen Fällen die Unsittlichkeit? Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 127 Ziff. 2.

19) Vgl. L. R. I, 12 § 649. Daß hier der Beitritt des Erblassers nicht erfordert ist, ergiebt der Text und erhellt weiter deutlich aus dem Gegensatze zu § 650. Dennoch meint Koch Erbrecht S. 865, daß der Verzichtende, welcher zu Gunsten eines Andern entsage, dadurch diesen nicht zum Erben machen könne; der Erblasser sei es, welcher sich seinen Erben ernennen müsse, der Verzicht interessire ausschließlich nur ihn. Aus diesen Gründen sieht sich Förster Bd. 4 § 265 dahin gedrängt, auch in dem Falle des § 649 den Beitritt des Erblassers zu dem Abkommen seiner gesetzlichen Erben für nothwendig zu erachten, jedoch scheint er dies im weiteren Verlaufe seiner Erörterung nicht festzuhalten. Vgl. auch Eccius Bd. 4 § 265 Anm. 24.

1) Es ist dies herrschende Ansicht, die im preußischen Rechte wohl unbestritten ist.

des Entsagenden auf sein Erbfolgerecht außer dem ihm unmittelbar in Aussicht stehenden Erbtheil auch diejenigen Erbportionen in sich begreift, auf welche der Entsagende zur Zeit der Entsagung nur in zweiter Reihe eine Anwartschaft hatte.[3]

2. Häufig wird der Entsagungsvertrag zu Gunsten bestimmter Dritter, z. B. eines Geschwisters oder des Ehegatten des Erblassers geschlossen. Stirbt dann derjenige, zu dessen Gunsten die Entsagung erklärt wurde, vor dem Erblasser, so fällt auch die Entsagung, die als eine bedingte zu erachten ist, zusammen.[4]

3. Die Wirkung der Erbentsagung ist die Aufhebung der sonst eintretenden Berufung zur Erbfolge.[5] Die Erbschaft fällt dem Entsagenden nicht an, er wird also den Erbschaftsgläubigern und Legataren nicht verhaftet.[6]

4. Gemeinrechtlich ist bestritten, ob die Nachkommen des Entsagenden, welche dem Erbentsagungsvertrage nicht beigetreten sind, durch denselben gebunden sind, wenn der Entsagende vor dem Erblasser verstirbt.[7] Einige Schriftsteller erachteten mit Rücksicht darauf, daß die Kinder bei der Absonderung aus der Were auf ihr Erbrecht gegen die erhaltene Abfindung zu verzichten pflegten, die Entsagung als schlechthin verbindlich für den ganzen Stamm. Andere nahmen im Gegentheil an, daß die entfernteren Nachkommen, da sie ein selbständiges Erbrecht gegenüber dem Erblasser haben, durch die Entsagung des in der Mitte stehenden, vor dem Erblasser verstorbenen Parens nicht berührt würden.[8] Das preußische Recht schließt sich einer vermittelnden Ansicht an, wonach die entfernteren Descendenten soweit an den Entsagungsvertrag gebunden sind, als sie Erben des Entsagenden geworden sind.[9]

2) Meist nimmt man gestützt auf L. R. I, 12 § 642 an, daß sich die Entsagung im Zweifel auf alle Gründe beziehe. Allein hier, wie L. R. I, 9 § 401 ist nur die Rede von der einseitigen Entsagung, die nach dem Anfalle der Erbschaft erklärt wird.

3) Z. B. von drei Kindern des Erblassers, A., B. und C., entsagt A. zu Gunsten des B., später verstirbt C. vor dem Erblasser.

4) Vgl. L. R. II, 2 § 486. Den Worten dieses Paragraphen nach könnte man annehmen, daß der Erblasser in diesem Falle dem entsagenden Kinde, wenn er nachher ein Testament errichte, den Pflichttheil entziehen könne. Dies ist aber wohl nicht gemeint, vielmehr sollte nur gesagt werden: Der Entsagungsvertrag verliere seine Wirkung und der Entsagende werde daher gesetzlicher Erbe, so weit ihm der Erblasser die Erbschaft nicht durch rechtsgültige letztwillige Bestimmungen entziehe. Vgl. Bornemann Th. 6 S. 186.

5) Die ältere Theorie ging dahin, daß der Erbverzicht nur das Versprechen enthalte, sich der Erbschaft inskünftige zu entschlagen, vgl. hierüber Beseler Erbverträge Th. 2, 2 S. 230 ff.

6) Entsch. des O. Trib. Bd. 57 S. 45.

7) Es versteht sich von selbst, daß die Descendenten des Verzichtenden dann keinen Anspruch haben, wenn dieser die Eröffnung der Erbschaft erlebte, L. R. II, 2 § 357, unten § 198 Ziff. 3.

8) So Beseler Erbverträge Th. 2, 2 S. 250 ff.

5. Der Erbentsagungsvertrag kann nicht wegen laesio enormis, noch auch wegen veränderter Umstände angefochten werden, wenn sich das Vermögen des Erblassers später vermehrte.[10]

Zweites Kapitel.

Wechselseitige Testamente.

§ 182. Begriff. Zulässigkeit.[1]

I. Da nach römischer Auffassung jeder Testirakt eine ununterbrochene Einheit darstellen mußte und deshalb nothwendig isolirt war, so konnten gemeinsame Testamente Mehrerer, abgesehen von solchen der Soldaten, nicht gültig errichtet werden.[2] Nach gemeinem[3] und nach preußischem Rechte hingegen sind gemeinsame Testamente zulässig, welche den letzten Willen Mehrerer in einer Urkunde vollziehen.[4] Sie haben im Uebrigen an sich nichts Besonderes, selbst wenn sich die Testatoren gegenseitig bedenken sollten.

---

9) L. R. II, 2 § 358. Dies war die Ansicht von Goddaeus consilia Marpurgensia I, 27, vgl. noch Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 66 ff., unten § 198 bei Anm. 3.

10) L. R. II, 2 § 485.

1) L. R. II, 1 § 482 ff., vgl. I, 12 § 614 ff. Sommer Beiträge zur Lehre vom wechselseitigen Testamente der Ehegatten in Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 233 ff., Ewelt ebendas. Bd. 6 S. 77 ff. Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 449. Die gemeinrechtliche Litteratur siehe bei Dernburg Pand. Bd. 3 § 97.

2) In den älteren römischen Testamentsformen war für ein gemeinsames Testament kein Raum, und auch später, wo ein solches bei einzelnen Formen denkbar gewesen wäre, widersprach ihm die römische Grundanschauung. Soldatentestamente machten eine Ausnahme l. 19 C. de pactis 2, 3. Die nov. Valentiniani III, tit. 20 erkannte allerdings ein wechselseitiges Testament an; aber diese Novelle ist von den Kompilatoren Justinians nach ihrer den specifisch römischen Rechtsideen sich mehr anschließenden Richtung nicht aufgenommen worden. Ganz anders Hartmann a. a. O. S. 93 ff.

3) Schon die Postglossatoren erklärten sich für die Geltung gemeinsamer Testamente, vgl. Hartmann a. a. O. S. 110. So wurde deren Zulässigkeit in Deutschland nach der Reception nicht bezweifelt.

4) Allerdings haben angesehene preußische Schriftsteller gemeinsame Testamente Mehrerer, abgesehen von den korrespektiven der Ehegatten, für ungültig erachtet. So namentlich Eccius Bd. 4 § 257 Anm. 5. Allein diese Auffassung, welche nur für sich anführen kann, daß derartige Testamente in den Gesetzen nicht erwähnt werden, ist nicht begründet. Es stehen dem gemeinsamen Testamente Mehrerer keine Hindernisse entgegen, da das preußische Recht die s. g. unitas actus für die Testamentserrichtung nicht kennt. Eccius frägt, wie es mit den Bestimmungen über dauernde Aufbewahrung des Testaments bei Gericht steht? Das Testament ist nach Anhang § 430 zu § 10 A. G. O. I 4 zu behandeln. Und wie mit dem Widerruf durch Zurücknahme? Wer gemeinsam testirt, muß eben in anderer Weise widerrufen. Wollte man selbst in der Errichtung eines gemeinsamen Testamentes einen Fehler erblicken, so hätte derselbe doch nicht die Wirkung der Nichtigkeit; denn nichtig ist ein Testament wegen Formmangels nach L. R. I, 12 § 139 — oben § 111 z. A. — nur, wenn es gegen die L. R. I, 12 §§ 66 bis 138 aufgestellten Vorschriften verstößt: es ist aber in diesen Paragraphen nicht verboten, daß zwei Personen in einem Akte testiren. Insbesondere können also Ehe-

Eigenthümliches Wesen gewinnen Testamente aber, wenn sich die Verfügungen der gemeinsam testirenden Erblasser erwidern und gegenseitig bedingen. In solcher Weise pflegen besonders häufig Ehegatten zu testiren. Schon vor der Reception des römischen Rechtes waren in Deutschland gerichtliche gegenseitige Vergabungen unter Ehegatten in Gebrauch, welche freilich mit Rücksicht auf die Rechte der gesetzlichen Erben vielfach eingeengt waren.[5] Seit der Reception traten wechselseitige Testamente an die Stelle. Dieselben verbreiteten sich namentlich da, wo unter den Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft oder dieser ähnliche Güterrechte bestanden, welche es als zweckmäßig erscheinen ließen, den Nachlaß beider Ehegatten einheitlich zu vererben. Das gemeine Recht gestattet diese Testirart auch anderen Personen als Ehegatten, doch machen solche selten von dieser Form Gebrauch, am ehesten kommt sie unter Geschwistern vor. Das preußische Recht erkennt wechselseitige, also gegenseitig bedingte Testamente nur unter Ehegatten an.

Der gemeinrechtliche Sprachgebrauch unterscheidet gemeinsame, wechselseitige, korrespektive Testamente und versteht unter den ersteren diejenigen, welche in Einer Urkunde von Mehreren errichtet sind, unter wechselseitigen solche, die zugleich eine gegenseitige Bedenkung enthalten, und unter korrespektiven diejenigen, bei welchen die Zuwendungen in gegenseitiger Abhängigkeit stehen.[6] Die preußische Gesetzessprache hat die korrespektiven Testamente wechselseitige genannt.[7] [8]

---

gatten gültigerweise nicht bloß ein wechselseitiges, sondern ein bloß gemeinsames Testament errichten, Korn in Behrends Zeitschrift Bd. 5 S. 149, Güterrecht S. 220 ff., vgl. auch Sommer a. a. O. S. 233. Entsch. des O. Trib. Bd. 82 S. 209 ff.

5) Nach der Joachimica I, § 5 sollten in der Mark Brandenburg kinderlose Ehegatten berechtigt sein, vor gehegtem Ding zu übergeben und zu vermachen höchstens den vierten Theil ihres Vermögens — „den vierdten Pfenning" — für den Fall, daß sie kinderlos versterben. Im Sinne der Joachimica war daneben für eine testamentarische Verfügung der Ehegatten untereinander kein Raum, Korn in Behrends Zeitschrift Bd. 5 S. 121, Güterrecht S. 189 ff. Allein dessenungeachtet erachtete man im Laufe des sechszehnten Jahrhunderts gegenseitige Testamente der Ehegatten in der Mark schlechthin für gültig, womit das Recht der Vergabung des vierten Pfennigs von selbst seine Bedeutung verlor. Anerkannt ist dies als langer Brauch bereits in der Constitution Johann Georgs von 1574 tit. XIV und von 1594 tit. III cap. 2. Vgl. Heydemann Elemente S. 273. Das Projekt des corp. juris Frid. part. II, lib. 7 tit. IX § 1 erkennt die test. reciproca der Eheleute an, bemerkt aber zugleich, daß daraus bishero viele Streitigkeiten entstanden.

6) Hofacker princ. juris civ. T. II, § 1360. Die lateinischen Kunstausdrücke waren a) testamentum mutuum oder simultaneum, b) reciprocum, c) correspectivum.

7) L. R. II, 1 § 482 Das Projekt des corp. juris Fridericiani p. II lib. VII tit. IX war hierin vorangegangen, dasselbe handelt von den testamentis reciprocis der Ehegatten, indem es bestimmt, daß alle testamenta reciproca zugleich correspectiva sein sollen, § 7 Abs. 3 des gedachten Titels.

8) Die landrechtlichen Bestimmungen über wechselseitige Testamente gelten, da sie nur Streitfragen des gemeinen Rechts entscheiden, auch in der Mark, Korn in Behrends Zeitschr. Bd. 5 S. 148, Güterrecht S. 219.

II. Wechselseitige Testamente in diesem Sinne setzen voraus

1. daß es sich um einseitig widerrufliche letztwillige Verfügungen handelt. Wurden unter dem Namen eines wechselseitigen oder korrespektiven Testamentes gegenseitige Verfügungen Mehrerer über ihren Nachlaß so getroffen, daß sich die beiden Theile des einseitigen Widerrufes begaben, so wären in Wirklichkeit gegenseitige Erbverträge geschlossen.[9] Trotz jener ungenauen oder irrigen Bezeichnung sind solche Verfügungen daher nach den Rechtssätzen der Erbverträge zu behandeln. Hätte sich, was nicht leicht vorkommen wird, nur der eine Erblasser des Widerrufs begeben, so läge auf seiner Seite ein — einseitiger — Erbvertrag vor, auf der anderen Seite ein Testament.

Ist es übrigens zweifelhaft, ob die Eheleute einen Erbvertrag oder wechselseitige Testamente beabsichtigten, so ist das Letztere, wodurch sie sich weniger binden, zu unterstellen.[10]

2. Das wechselseitige Testament muß die Absicht der gegenseitigen Bedingtheit[11] der Verfügungen erkennbar machen; daß diese Absicht ausdrücklich ausgesprochen sei, ist nicht erfordert. Es genügt, daß die Ehegatten ein gemeinsames Testament errichteten und daß der Inhalt den Willen der Korrespektivität erkennen läßt. Dieser Wille ist im Zweifel anzunehmen bei Verfügungen zum Besten gemeinschaftlicher Kinder der Ehegatten, ferner bei Anordnungen zu Gunsten der Verwandten oder besonderer Freunde des Mittestators.[12]

Die Eigenschaft der Wechselseitigkeit, d. h. der gegenseitigen Bedingtheit wird nach preußischem Rechte nur dann anerkannt, wenn die Testamente der Ehegatten in Einer Urkunde errichtet sind.[13]

9) L. R. II, 1 § 494. So schon Stryk usus modernus Pand. 28, 3 § 5, vgl. Mühlenbruch Bd. 38 S. 222 ff. Natürlich müssen alle Erfordernisse eines Erbvertrages, z. B. Volljährigkeit des Verfügenden, vorhanden und die Formen des Erbvertrages gewahrt sein. Ist dies nicht der Fall, so ist die Verfügung ungültig, sie kann nicht als widerrufliches Testament aufgefaßt werden, da sie eine testamentarische Verfügung nicht ist. Anders Sommer a. a. O. Bd. 2 S. 249. Ist das s. g. wechselseitige Testament wegen Widerrufsverzichts als Erbvertrag aufzufassen, so kann der Erblasser in Gemäßheit von L. R. I, 12 § 628 — oben § 177 Anm. 11 — noch Vermächtnisse bis zum 20. Theile des Nachlasses anordnen.

10) L. R. II, 1 § 447. Im Zweifel kann man die größere Gebundenheit, also den Erbvertrag nicht unterstellen. Gemeinrechtlich ist die Frage jedoch bestritten. Vgl. die bei Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 439 Angef.

11) Vgl. L. R. I 12 § 614. Daß nicht die Kategorie der Bedingung, wie die herrschende Meinung annimmt, sondern die der Voraussetzung zur Anwendung komme, behauptet für das gemeine Recht Windscheid Bd. 3 § 568 Anm. 5. Vgl. aber Dernburg Pand. Bd. 3 S. 186 Anm. 3.

12) L. R. II, 1 § 493. Vgl. auch unten § 184 Ziff. 5, ferner Gruchot Bd. 5 S. 181 ff.

13) L. R. II, 1 § 483. Eccius Bd. 4 § 257.

§ 183. Inhalt und Auslegung wechselseitiger Testamente.

1. Das Landrecht erwähnt nur wechselseitige Testamente, in welchen sich die Ehegatten gegenseitig zu *Erben* einsetzen.[1] Es ist aber nicht zu bezweifeln, daß die Regeln der wechselseitigen Testamente auch zur Anwendung kommen müssen, wenn sich die Ehegatten wechselseitig *andere Zuwendungen* machen; so wenn sie, was häufig vorkommt, sich in solcher Art den lebenslänglichen Nießbrauch auf den Todesfall zusichern. Selbst dann ist die Wechselseitigkeit anzuerkennen, wenn zwar der Eine der Ehegatten nicht selbst bedacht ist, wohl aber eine *dritte* Person mit Rücksicht auf ihn.[2]

2. An die Zuwendungen unter den Ehegatten schließen sich sehr oft in gegenseitiger Rücksicht getroffene Bestimmungen über den Nachlaß zu *Gunsten Dritter*, welche sich nach dem Tode des Längstlebenden verwirklichen sollen. Häufig ist insbesondere die Bestimmung, daß nach des Längstlebenden Tode das gesammte Vermögen beider Erblasser ohne Unterschied, ob es vom Manne oder von der Frau herrührt, unter die beiderseitigen Verwandten getheilt werden soll. In ähnlicher Weise werden auch nicht selten Vermächtnisse für Dritte angeordnet.

Ueber die rechtliche Behandlung derartiger Bestimmungen zu Gunsten Dritter gehen die Meinungen sehr auseinander. Wir unterscheiden den Fall, in welchem die Dritten nach des Längstlebenden Tode zu Erben eingesetzt sind, von denen, in welchen ihnen für diesen Fall Vermächtnisse zugewendet wurden.

a) Die gemeinsame Berufung Dritter, z. B. der beiderseitigen Verwandten, als *Erben* nach dem Tode des Längstlebenden geht aus der Absicht der Ehegatten hervor, daß ihr Vermögen, welches sie mindestens thatsächlich als einheitliches zu behandeln pflegten, auch nach ihrem Tode als Einheit vererbt werden soll, ohne in Hälften oder gar in seine ursprünglichen Bestandtheile zerlegt zu werden. Dieser Absicht scheint am meisten die Auffassung gerecht

---

1) L. R. I, 12 § 614 lautet: Wechselseitige Testamente, wodurch Einer den Andern in Rücksicht der von diesem geschehenen Erbeinsetzung zu seinem Erben ernennt, können nur unter Eheleuten errichtet werden.

2) Gemeinrechtlich ist diese Auffassung wohl keinem Zweifel unterworfen. Vom Standpunkte der preußischen Gesetzgebung aus ist sie zuweilen bekämpft worden. So von Derckmann in Gruchots Beiträgen Bd. 5 S. 186 ff. Allein es liegt hierin bloße Wortinterpretation. L. R. I, 12 § 614 — siehe oben Anm. 1 — will sicher nicht erschöpfen, sondern nur den Hauptfall hervorheben. Ein innerer Grund, korrespektive Einzelzuwendungen anders zu behandeln, als korrespektive Erbeseinsetzungen, besteht nicht. So Sommer in Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 233, Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 459. R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 996, R. G. Bd. 5 S. 243. Bloß Zuwendungen an Dritte im korrespektiven Sinne wird das Testament namentlich da häufig enthalten, wo die Ehegatten nach dem ehelichen Güterrechte schon gesetzlich den lebenslänglichen Nießbrauch am Vermögen des Vorversterbenden haben. Vgl. Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 463. Korn Güterrecht S. 219 ff. R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 995, R. G. Bd. 5 S. 243.

zu werden, daß Jeder der Ehegatten die Dritten auf das Gesammtvermögen, also nicht bloß auf den eigenen Nachlaß, sondern auch auf den des Mittestators berufe.[3] Hiernach wäre folgerecht der zuerst versterbende Ehegatte der alleinige Erblasser jener Dritten. Dieselben würden mit dessen Tode nicht bloß in dessen Nachlaß fideikommissarisch substituirt, sie erhielten vielmehr nicht weniger von dem Vorversterbenden die Berufung auf den Nachlaß des Ueberlebenden. Auf solche Weise wäre allerdings die Vererbung in den ungetheilten beiderseitigen Nachlaß auf dieselben Personen vollständig gesichert. Dennoch kann diese Auffassung als die richtige nicht angesehen werden. Sie erscheint von vornherein wenig natürlich. Denn wenn es auch nicht unzulässig ist, über fremdes Vermögen, insbesondere dasjenige seines Erben, letztwillig zu verfügen, so ist doch eine derartige Verfügung nicht zu unterstellen. Das Naheliegende und im Zweifel Selbstverständliche bleibt stets, daß man über das eigene Vermögen verfügt. Errichtet der Ueberlebende ein Inventar über das Vermögen des vorverstorbenen Ehegatten, seines Erblassers, so wird er ohnehin nicht weiter verhaftet, als das ihm Hinterlassene reicht. Führt man die Erbrechte der im wechselseitigen Testamente eingesetzten Dritten am beiderseitigen Nachlasse auf die Verfügung des erstversterbenden Testators zurück, so könnte der Umstand, daß dem Längstlebenden später noch Pflichttheilsberechtigte, insbesondere Kinder, erwachsen, folgerecht keinen Einfluß auf die Rechte der Dritten gewinnen, da er ihnen als Belasteter, nicht als Erblasser gegenüberstünde. Es ist aber das Umgekehrte Rechtens.[4]

Demnach ist die Verfügung so aufzufassen, daß die Ehegatten zwar zusammen, im Einverständnisse mit einander und nach gemeinsamem Plane testiren, daß aber Jeder von ihnen die Dritten *nur auf das Seine* beruft. Dieselben erhalten zwar nach der Absicht der Erblasser die Gesammtmasse mit dem Tode des Längstlebenden, allein in Folge *verschiedener Berufungsgründe*. Mit dem Tode des *zuerst* versterbenden Ehegatten erlangen sie aus dessen Testament einen Erbanspruch *auf dessen Nachlaß* als *fideikommissarische Substituten*, und mit dem Tode des *zuletzt* versterbenden Ehegatten aus dessen Testamente dessen Nachlaß als *Vulgarsubstituten* des vorverstorbenen Ehegatten.[5] Da hiernach das Recht der Dritten eine

3) Buchka Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 12 S. 211 bezeichnet in diesem Sinne die *Einheit des Inhalts* als den Grundgedanken, von welchem aus die Theorie der in Frage stehenden letztwilligen Anordnung zu entwickeln sei. Auch Mühlenbruch a. a. O. Bd. 38 S. 232 erklärt die Verfügung für ein Universalfideikommiß, womit das beiderseitige Vermögen zu Gunsten der Nacherben belastet sei. Aehnlich Bornemann Bd. 6 S. 136, auch Koch Erbrecht S. 666 Anm. 49, aber dann das Gegentheil S. 677.

4) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 54 S. 197 ff.

5) Diese Auffassung hat mehrfach das Obertribunal angenommen, vgl. Entsch. Bd. 18 S. 35, Bd. 23 S. 193 ff. An anderen Orten hat es aber auch gelegentlich die

doppelte juristische Grundlage hat, so kann es sich freilich ereignen, daß sich der eine Titel verwirklicht, der andere nicht. Dies namentlich dann, wenn die Erblasser bestimmte Personen beiderseitig nach dem Tode des Längstlebenden berufen haben und diese den vorversterbenden, nicht aber den letztversterbenden Testator überlebten; denn mit dem Tode des erstversterbenden Erblassers fällt ihnen bereits das Anrecht auf dessen Nachlaß zu, welches sie auf ihre Erben übertragen, während sie den Nachlaß des letztversterbenden Testators, falls sie dessen Tod nicht erleben, nicht erwerben, also auch nicht auf ihre Erben übertragen.[6] Ausgeglichen kann dies dadurch werden, daß dem Dritten letztwillig oder gesetzlich[7] seine Kinder oder seine Erben substituirt sind, so daß diese doch beide Erbschaften erwerben.

Eine Spaltung des Gesammtnachlasses können die Erblasser auch dadurch verhindern, daß sie nur diejenigen Personen berufen, welche den Tod des Längstlebenden erleben, was auch geschieht, wenn sie gewisse Klassen von Verwandten, etwa diejenigen Geschwister oder Geschwisterkinder, welche zur Zeit des Todes des Längstlebenden vorhanden sind, berufen.

b) Anders wird, wenigstens häufig, das Verhältniß zu beurtheilen sein, wenn die beiden Erblasser Dritten nach dem Tode des Längstlebenden nur eine Summe oder auch einzelne Sachen, also etwa ein Grundstück vermachen. Daß Jeder der Erblasser einen Theil, beispielsweise die ideelle Hälfte des Grundstücks vermachen wollte, ist hier nicht das Naheliegende, insbesondere wendet man ideelle Theile einer Sache nicht leicht zu. Hier wird in der That oft die Meinung sein, daß Jeder der Erblasser das Ganze, beispielsweise das ganze Grundstück, zum Gegenstande seiner Verfügung macht.[8] Ist dies der

---

entgegengesetzte Ansicht. So Entsch. Bd. 36 S. 62 ff., wo in Frage stand, ob die beiderseitig für den Tod des Längstlebenden Eingesetzten das Zugedachte nach dem Tode des Erstverstorbenen als Einheit verkaufen durften, was man mit Zuhülfenahme der Theorie des Universalfideikommisses bezüglich des Ganzen bejahte. Die richtige Auffassung hat u. A. Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 486 ff., Eccius Bd. 4 § 257, Hartmann a. a. O. S. 169, Seuffert Archiv Bd. 7 Nr. 334. Ebenso entschied das R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 991, 994. Bd. 29 S. 914, Bd. 35 S. 1049.

6) Diese Folge wird gezogen bei Striethorst Archiv Bd. 79 S. 291. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 916, Bd. 33 S. 1005. Anders für gem. Recht R. G. Bd. 27 S. 148.

7) Vgl. L. R. I, 12 § 526, II, 2 § 443. Es ist Auslegungsfrage, ob der Erblasser diejenigen Verwandten beruft, welche ihm zur Zeit seines Todes die nächsten sind, oder die ihm zur Zeit des Todes des letztversterbenden Ehegatten die nächsten wären, wenn er noch lebte. Eccius Bd. 4 § 257 Anm. 36. Vgl. auch oben § 122 Anm. 10.

8) Hiervon geht aus Göschel über den Anfall eines in einem wechselseitigen Testamente von beiden Testatoren gemeinschaftlich verordneten Fideikommisses oder Vermächtnisses in Simon's und Strampff's Zeitschrift Bd. 2 S. 48 ff. Er denkt namentlich an Summenvermächtnisse und nimmt an, daß die Erblasser ihre Nachlaßmassen für diese in der Regel solidarisch verhaften wollten, so daß sowohl eine Theilung des Vermächtnisses in zwei gleiche Hälften, als eine solche nach Verhältniß der Vermögen unstatt-

Fall, so wird das Vermächtniß zum vollen Betrage mit dem Tode des Erstversterbenden erworben, nur seine Entrichtung wird fällig mit dem Tode des Längstlebenden. Der Vermächtnißnehmer überträgt dann das Recht an der ganzen Sache auf seine Erben, auch wenn er nur den Tod des erstversterbenden Ehegatten erlebt.[9]

§ 184. Folgen der Wechselseitigkeit.

1. Wechselseitige Testamente unterscheiden sich von Erbverträgen durch ihre einseitige Widerruflichkeit. Gerade hierdurch entsteht aber die Frage, wie die beabsichtigte gegenseitige Abhängigkeit und Verbindung durchzuführen sei. Die gemeinrechtliche Theorie bewegt sich hierbei in schneidenden Kontroversen, während die Praxis im Wesentlichen ihren sicheren Weg fand, so daß sich an sie die preußische Gesetzgebung, welche wenigstens die erheblichsten Streitfragen abschneidet, anlehnen konnte.

2. Das Landrecht beantwortet freilich die Frage nicht, welche Wirkung die von vornherein bestehende Nichtigkeit der Verfügung des einen Ehegatten, sei es wegen der Form, z. B. Fehlen der Unterschrift, sei es wegen Willensmängel oder Fehlen der Testirfähigkeit, auf den Rechtsbestand der korrespektiven Verfügung des Mittestators hat? Aeltere gemeinrechtliche Schriftsteller waren geneigt, die Geltung des an sich zu Recht bestehenden Gegentestamentes anzunehmen.[1] Geht man aber davon aus, daß beide Verfügungen sich wechselseitig bedingen, so wird man sich für die Unwirksamkeit der entsprechenden korrespektiven Verfügung entscheiden müssen.[2]

3. Anerkannt ist vom Landrecht, daß der einseitige rechtsgültige Widerruf des einen Theiles auch die Vernichtung der korrespektiven Bestimmungen des Gegentestamentes zur Folge hat[3] und zwar ohne

---

haft sei. Die Regel viventis hereditas non datur tritt hier offenbar nicht entgegen. So auch R. G. Bd. 11 S. 258, bei Gruchot Bd. 29 a. a. O. Den entgegengesetzten Standpunkt hat Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 501.

9) Von dieser Auffassung geht auch aus Striethorst Archiv Bd. 62 S. 236 ff., wo im korrespektiven Testament ein Vermächtniß, zahlbar an einem bestimmten Tage, ausgesetzt war. Dasselbe wurde nach dem Tode des Vorversterbenden und Herankommen des Termins als zum ganzen Betrag fällig erachtet, obgleich der Mittestator noch lebte.

1) Vgl. das bei Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 472 Anm. 2 in seinem entscheidenden Passus abgedruckte cons. Tubing. vol. IV, cons. 54.

2) Hierfür Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 472, ebenso Koch Erbrecht S. 662, Korn in Behrend's Zeitschrift Bd. 5 S. 150, Güterrecht S. 222 Anm. 16, Eccius Bd. 4 § 257 Anm. 49. Ebenso R. G. Bd. 6 S. 176 in gemeinrechtl. Sache.

3) Gemeinrechtlich gehört die Frage zu den bestrittensten. Die Ansicht von Hartmann Erbverträge S. 128 ff. geht dahin, daß der Wegfall des einen Testaments auf den Bestand des anderen keinen Einfluß habe, weil sonst die Verfügungen wegen des gemeinrechtlichen Verbotes kaptatorischer Dispositionen als ungültig zu erachten wären.

Rücksicht darauf, ob der andere Theil Kenntniß vom Widerruf erhalten hat oder nicht, und ob er im ersteren Falle jenem Widerruf gegenüber unthätig blieb.[4] Daß die Entkräftung nur die korrespektiven Bestimmungen trifft, ist selbstverständlich,[5] die Spaltung des letzten Willens in einen korrespektiven und nicht korrespektiven Theil kann aber thatsächliche Schwierigkeiten mit sich führen. Nicht weniger Schwierigkeiten hätte an sich die Lösung der Frage, welchen Einfluß die theilweise Aenderung der Verfügung des einen Ehegatten, z. B. die nachträgliche Anordnung neuer Vermächtnisse, auf das korrespektive Testament des anderen Ehegatten hätte, insbesondere ob dasselbe hierdurch ganz oder bloß verhältnißmäßig aufgehoben werde. Nach dem Vorgange älterer gemeinrechtlicher Schriftsteller[6] bestimmt aber das Landrecht in zweckmäßiger Weise, daß bloße Aenderungen sowie Zusätze bei Vermächtnissen ungültig seien, soweit sie einseitig gemacht wurden und die mit Rücksicht auf den Mittestator getroffenen Bestimmungen verletzen.[7]

4. Die wechselseitigen Testamente verlieren auch dann ihre Gültigkeit, wenn die Ehe unter den Ehegatten durch Scheidung getrennt wird.[8]

Diese Auffassung beruht auf nicht zutreffenden Konstruktionen und kann hier auf sich beruhen. Sehr häufig nimmt man an, daß Voraussetzung des Wegfalls des Gegentestamentes sei, daß der andere Theil den Wegfall des Testamentes seines Mittestators bei seinen Lebzeiten nicht in Erfahrung gebracht habe. Denn, sagt Windscheid Bd. 3 § 568 Anm. 5, sei dies der Fall und habe er trotzdem sein Testament nicht geändert, so liege darin eine Bestätigung seines Testamentes, welche seinem Erben die Möglichkeit entziehe, die Ermangelung der Voraussetzung geltend zu machen. Aehnlich ältere Schriftsteller, so Carpzov jurispr. for. p. III, const. 2 def. 11, Glück Bd. 35 S. 67 Anm. 39. Auch dies ist nicht überzeugend. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 127.

4) L. R. II, 1 § 485. R. G. Bd. 31 S. 241. Widerruf liegt auch in der Errichtung eines neuen Testamentes, welches die korrespektiven Bestimmungen des früheren aufhebt. Wird der Widerruf zurückgenommen, so kommt hierdurch auch das Testament des Mittestators wieder zu Kräften, wenn seinerseits kein Widerruf erfolgt ist oder dieser Widerruf zurückgenommen ist. Noch zweifelloser ist die Gültigkeit des Testamentes desselben, wenn der Widerruf des anderen Testators rechtsunkräftig war. Vgl. L. R. I, 12 § 582. So auch Eccius Bd. 4 § 257 Anm. 18. — Vgl. auch oben § 171 Ziff. 6.

5) L. R. II, 1 § 486 spricht dies nur für Vermächtnisse aus. Mit Recht bezieht Striethorst Archiv Bd. 96 S. 208 die Bestimmung auf jede Art letztwilliger Zuwendungen.

6) Schon Anton Faber, Harpprecht und Mevius hatten diese Auffassung nach Hartmann Erbverträge S. 140.

7) L. R. II, 1 §§ 487, 488. Vom Standpunkt bloß formaler Konsequenz läßt sich eine derartige Bestimmung überaus leicht bekämpfen, da folgerecht scheint, daß wer das Recht des Widerrufs des Ganzen hat, auch zum theilweisen Widerruf befugt sein müsse. Anders aber ist es, wenn man die Zweckmäßigkeit befragt. Die Bestimmung nöthigt den Mittestator nur, sich entweder mit dem anderen Theil in Einvernehmen zu setzen oder, wenn er dies nicht will, durch eine neue Willensordnung mit dem korrespektiven Testament völlig zu brechen, wobei er von den früheren Bestimmungen erhalten kann, was er will. So schafft sie eine klare Situation.

8) L. R. II, 1 § 489. Wenn hier gesagt wird, es verliere das ganze wechselseitige Testament seine Gültigkeit, so ist doch nur gemeint, die korrespektiven Bestimmungen beider Testamente treten außer Kraft. Anders, den Sinn mißkennend, die Wortinterpretation von Eccius Bd. 4 § 257 Anm. 48.

5. Nach dem Tode des Ehegatten kann der Ueberlebende selbstverständlich dessen Zuwendungen in der regelmäßigen Form und Zeit entsagen.[9] Hierdurch fällt sein eigenes wechselseitiges Testament nicht zusammen; er kann dasselbe aber dann jederzeit widerrufen,[10] wie auch beliebig abändern.

Anders, wenn er das ihm vom Mittestator Zugewendete erwarb, was bei Erbeinsetzungen durch bloße Nichterklärung während der Ueberlegungsfrist,[11] bei Vermächtnissen aber nur durch Erklärung ihrer Annahme geschieht. Gemäß einer verbreiteten gemeinrechtlichen Theorie behielt allerdings der Ueberlebende das Widerrufsrecht, ungeachtet er die Erbschaft des Vorverstorbenen angetreten hatte;[12] doch nahmen Viele an, daß dann das Testament des Erstverstorbenen rückwärts hin seine Wirksamkeit verliere.[13] In der gemeinrechtlichen Praxis aber kam überwiegend die Ansicht zur Geltung, daß der Längstlebende in Folge des Erwerbes des ihm von seinem Mittestator Zugedachten dem Recht des Widerrufes seiner korrespektiven Verfügungen rechtsgültig entsage,[14] eine Auffassung, welche in einem Rechtssystem, welches Erbverträge kennt, nichts Befremdendes hat. Dies ist in das Landrecht übergegangen.[15] Die Unwiderruflichkeit erstreckt sich auf den gesammten Nachlaß des Längstlebenden, also namentlich auch auf Erwerb nach dem Tode des Vorverstorbenen. Nur steht es ihm, wie dem durch Erbvertrag Gebundenen, frei, Vermächtnisse bis zum $^1/_{20}$ seines Nachlasses noch zu vergeben.[16] Unter

---

9) L. R. II, 1 §§ 490, 491. Heirathen sich die geschiedenen Ehegatten später wieder, so kommt das frühere Testament nicht zu Kräften auch wenn es gerichtlich verwahrt blieb, Eccius Bd. 4 § 257 Anm. 48.

10) R. G. Bd. 31 S. 240. Die Vorschriften von L. R. II, 1 §§ 487, 488 sind natürlich für diesen Fall nicht anwendbar.

11) L. R. I, 9 § 383 ff. In der Mark hat der überlebende Ehegatte die Wahl, ob er sein statutarisches Erbrecht in Anspruch nehmen oder aus dem Testamente erwerben will. Das Wahlrecht ist an die Ueberlegungsfrist nicht gebunden, es geht auch auf die Erben des Ehegatten über, daher ist hier ohne eine besondere Erklärung des überlebenden Theiles nicht anzunehmen, daß er die Erbschaft aus dem wechselseitigen Testament angetreten habe.

12) Vgl. die bei Hartmann a. a. O. S. 148 Angeführten. Frühzeitig wurde das Dogma der Unwiderruflichkeit in Zweifel gezogen, vgl. Cod. Fabr. lib. 6 tit. 5 def. 18: multorum error ille est, quod existimant hac ratione fieri posse, ut superstitis conjugis testamentum sit prorsus irrevocabile, ... cum ex contrario fiat, ut praemortui conjugis testamentum hoc ipso revocetur, quod superstes conjux suum revocat.

13) So Hasse a. a. O. S. 269, Puchta § 481, Arndts § 501, im Wesentlichen auch Windscheid Bd. 3 § 568 Anm. 7.

14) R. G. Bd. 6 S. 174, Dernburg Pand. Bd. 3 § 97 Anm. 6.

15) Vgl. L. R. II, 1 § 492, ferner § 493, oben § 182 Anm. 12. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1045, Bd. 36 S. 1046, Bd. 37 S. 1055, Kam. Ger. Bd. 2 S. 72.

16) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 81 S. 218. Anders freilich R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1011. Die Begründung des R. G. ist sehr unbefriedigend. Wenn sich der

Lebenden kann der Ueberlebende über sein gesammtes eigenes Vermögen frei verfügen; inwieweit er dies über den Nachlaß des Vorverstorbenen kann, hängt davon ab, ob die Dritten einfach fideikommissarisch substituirt sind oder ob ihnen, was häufig der Fall sein wird, nur ein Fideikommiß auf den Ueberrest zugedacht ist.[17]

6. Die korrespektiven letztwilligen Verfügungen des Ueberlebenden werden auch nach dem Erwerb des Nachlasses des Mittestators durch alle diejenigen Ereignisse betroffen, welche letztwillige Anordnungen überhaupt, unabhängig vom Willen des Erblassers entkräften oder schmälern. Insbesondere gilt dies für den Fall, daß sich der überlebende Ehegatte wieder verheirathet und daß er Kinder gewinnt, indem die Pflichttheilsrechte und Erbrechte späterer Ehegatten sowie der Nachkommen durch dieselben, auch gegenüber dem korrespektiven Testament zur Geltung kommen.[18]

7. Der überlebende Ehegatte darf die beiderseitig zu Erben eingesetzten gemeinschaftlichen Kinder, wenn ihnen nach Errichtung des wechselseitigen Testamentes einen gesetzlichen Enterbungsgrund bildendes Benehmen zur Last fällt, von seinem Nachlaß ganz oder theilweise ausschließen. Denn es läßt sich nicht annehmen, daß die Ehegatten bei der gemeinschaftlichen Einsetzung ihrer Kinder dem Ueberlebenden die Befugniß entziehen wollten, schwere Vergehen derselben durch Enterbung zu strafen, oder eine Enterbung in guter Absicht mit Rücksicht auf später hervortretende Umstände vorzunehmen.[19]

Mittestator des Widerrufes ausdrücklich begeben habe, könne er noch über $^1/_{20}$ verfügen, da ein solches Testament nach L. R. II, 1 § 494 als Erbvertrag anzusehen sei. Habe er sich aber des Widerrufes nicht ausdrücklich begeben, verliere er ihn aber durch Erwerb der Erbschaft des andern Theils, so könne er auch über $^1/_{20}$ nicht mehr letztwillig verfügen. Darin liegt keine Folgerichtigkeit.

17) Die Frage ist ausführlich, doch nicht gerade befriedigend behandelt bei Koch Erbrecht S. 671 ff.

18) Striethorst Archiv Bd. 54 S. 197 ff., R. G. Bd. 22 S. 277, vgl. L. R. I, 12 § 647 und oben § 183 Anm. 6. Gemeinrechtlich ebenso Hasse a. a. O. Bd. 3 S. 257 und 271, dagegen Glück Bd. 35 S. 75.

19) So mit Recht Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 507, desgl. R. G. Bd. 22 S. 276, R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1005. Er erachtet den Ueberlebenden sogar für befugt, das Kind auch vom Nachlaß des Vorverstorbenen auszuschließen. Vgl. Eccius Bd. 4 § 257 Anm. 43.

Vierter Abschnitt.

Die gesetzliche Erbfolge.

§ 185. Allgemeine Sätze.[1]

1. Die gesetzliche Erbfolge ist nach deutscher und moderner Auffassung die Regel, wenn es auch dem Erblasser freisteht, sie durch seine Verfügungen zu ändern, sei es ganz oder theilweise, für immer oder zeitweise. Dies kann geschehen nicht bloß positiv, indem er sich einen Erben ernennt, sondern auch negativ, indem er bestimmten gesetzlichen Erben ihr Erbrecht entzieht und im Uebrigen die gesetzliche Ordnung walten läßt.[2]

Wie sich die letztwillige Verfügung auf den besonderen Willen des Erblassers gründet und aus seiner privatrechtlichen Selbständigkeit hervorgeht, so beruht die gesetzliche Erbfolge auf dem allgemeinen Willen,[3] welcher die wichtigeren natürlichen und socialen Beziehungen, in denen das Individuum steht, zu Grunde legt und dieselben hiermit zugleich befestigt und ehrt.

Diese Beziehungen sind die Blutsverwandtschaft und die bis zum Tode des Erblassers fortgesetzte Ehe, außerordentlicher Weise auch die außereheliche Vaterschaft; Gemeinde und Staat werden in letzter Linie berücksichtigt.

2. Nach der Regel des jetzigen Rechtes begründet die gesetzliche Erbfolge Universalsuccession; gesetzliche Erbfolge in einen Inbegriff von Einzelsachen sind Ausnahmen, welche in der neueren Zeit zurücktreten.[4]

---

1) Die Quelle für das preußische Recht sind die vier ersten Titel des zweiten Theiles des Landrechts. Eine vorzügliche Monographie schrieb Karl Witte, das preußische Intestaterbrecht aus dem gemeinen deutschen Recht entwickelt, 1838. Für das gemeine Recht ist hervorzuheben Glück: Hermeneutisch-systematische Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge, 2. Aufl., 1822. Auch stellt die Intestaterbfolge eingehend dar Schirmer Handbuch des römischen Erbrechts S. 125 ff.

2) Solche Verfügungen waren dem reinen römischen Recht freilich unbekannt, nach heutigem Recht sind sie zulässig Sie müssen aber natürlich die Formen eines Testamentes an sich tragen.

3) Hierüber ist ausführlich gehandelt oben im § 93.

4) Vgl. oben § 98.

2. Der dem älteren römischen Recht angehörende Satz: „in legitimis hereditatibus successio non est“ ist schon dem jüngsten römischen Recht fremd,[5] der heutigen Auffassung aber geradezu entgegengesetzt. Hiernach rücken vielmehr stets die Entfernteren ein, wenn die Näheren die Erbschaft nicht übernehmen.

Es erhebt sich hier aber die grundsätzliche Frage, ob für die Erbberechtigung des Entfernteren der Zeitpunkt des Todes des Erblassers oder erst der spätere des Wegfallens des Vorhergehenden maßgebend ist. Die Römer verstanden unter Berufung die Eröffnung des Rechtes zum unmittelbaren Erwerb. Erst wenn die frühere Berufung erledigt war, konnte daher eine neue Berufung an die Folgenden ergehen.[6] Für jede Berufung war der Augenblick, in welchem sie erging, maßgebend. Wenn also der zur Zeit des Todes des Erblassers Zweitnächste verstarb, ehe die Berufung an ihn erfolgte, so übertrug er Nichts auf seine Erben. Anders ist der Grundsatz des preußischen Rechtes,[7] welches der deutschen Rechtsanschauung gemäß sein dürfte.[8] Nach demselben eröffnet sich mit dem Tode des Erblassers der Erbanspruch für alle möglicherweise Berechtigten, wenn auch für die entfernteren nur eventuell. Sie übertragen also von diesem Augenblick an ihre eventuellen Ansprüche auf ihre Erben.[9] Dies entspricht dem früher entwickelten Satz, daß der in einem Testament aufschiebend bedingt Eingesetzte, insbesondere auch der Substitut vom Augenblick des Todes des Erblassers an ein Recht auf die Erbschaft gewinnt, welches er auf seine Erben überträgt.[10]

Unbestritten ist denn auch, daß, wenn der Nachlaß einer Leibesfrucht vorbehalten wird, welche nicht lebendig zur Welt kommt, die gesetzliche Erbfolge nicht den zur Zeit der Fehlgeburt, sondern an den zur Zeit des Todes des Erblassers Nächststehenden, beziehungsweise deren Erben zukommt.[11]

---

5) Gaj. Inst. III, § 12. Die Aenderung geschah zuvörderst durch das successorium edictum des Prätors, l. 1 § 10 D. de successorio edicto 38, 9.

6) l. 2 § 6, l. 8 § 1 D. de suis et leg. 38, 16. Diese Auffassung vertheidigt auch als die preußischrechtliche, Witte Intestaterbrecht S. 26 ff.

7) Vgl. L. R. I, 9 § 406, I, 12 § 278. Unzweideutig sind diese Stellen freilich nicht.

8) Vgl. Demolombe succession I, liv. III tit. I chap. 1 n. 151, wonach sie auch im französischen Recht zu Grunde gelegt wird.

9) Vgl. oben § 100 bei Anm. 12 und § 124 Ziff. 4. Siehe auch unten § 186 bei Anm. 5.

10) Somit entscheidet über die gesetzliche Erbfolge im Fall eines zeitlichen Wechsels der Gesetzgebung der Tod des Erblassers, auch wenn sich die Berufung des Zuerstberufenen erst unter der Herrschaft des neuen Gesetzes erledigt.

11) L. R. I, 9 § 375. Dies auch, wenn die Leibesfrucht erst nach dem Tode des Erblassers erzeugt wird.

War die Erbschaft einem Testamentserben unter einer auflösenden Bedingung oder einem Endtermin zugewendet, so treten folgerecht an dessen Stelle die zur Zeit des Todes nächsten gesetzlichen Erben, nicht diejenigen, welche bei Eintritt des Falles die nächsten sind.[12]

Erstes Kapitel.

Die Verwandtenerbfolge.

§ 186. Die erbberechtigten Verwandten.[1]

1. Die Blutsverwandtschaft bildet die Grundlage der ordentlichen gesetzlichen Erbfolge mit festbestimmter Reihenfolge. Daneben besteht die außerordentliche Erbfolge, welche sich ihr nicht einordnet, sondern neben ihr hergeht und mit ihren Ordnungen konkurrirt. Solcher Art ist die gesetzliche Erbfolge der Ehefrau sowie der außerehelichen Kinder.

2. Für die ordentliche Erbfolge erhebt sich die Vorfrage, wer als Blutsverwandter gilt.

Wie nach gemeinem, sind auch nach preußischem Rechte Weiber wie Männer, durch den Weiberstamm, wie durch den Mannsstamm mit dem Erblasser Verbundene, Blutsverwandte und erbberechtigt.[2] Verwandte der entferntesten Grade werden berufen, wie nach justinianisch-gemeinem Rechte.[3] Nach älterem römischen Rechte galt als Blutsverwandter nur, wer zur Zeit des Todes des Erblassers und zwar mindestens als Leibesfrucht vorhanden war. Spätererzeugte galten nicht als Verwandte des Ver-

---

12) Dies giebt auch Witte a. a. O. S. 26 zu.

1) Witte Intestaterbrecht S. 1 ff. Schirmer Erbrecht S. 127 ff.

2) Das ältere römische Recht berief bekanntlich nur die Agnaten; erst der Prätor und dann die Senatusconsulta und Konstitutionen der Kaiserzeit gaben den Kognaten Erbrechte, so daß sie aber wenigstens ursprünglich den Agnaten schlechthin nachstanden und erst allmählich und in unvollkommener Weise den Agnaten gleichgestellt wurden. Endlich brach Justinian in der nov. 118 aus dem Jahre 543 schlechthin mit dem Agnationsprincip und stützte die Erbfolge ausschließlich auf die Verwandtschaft. Auch im älteren deutschen Rechte war der Mannsstamm bei der Erbfolge namentlich bezüglich des Grundeigenthums, bevorzugt. Doch hat dieser Grundgedanke nach der Art des deutschen Rechts sehr verschiedene Gestaltung in den Einzelrechten erhalten. Vgl. Beseler Erbverträge Th. 2, 2 S. 265 ff. Privatrecht Bd. 1 § 133 Anm. 4. Gerber P. R. § 251 Anm. 7.

3) Nach älterem deutschem Rechte hörte das Erbrecht da auf, wo die kanonischen Eheverbote wegen Blutsverwandtschaft nicht mehr Platz griffen, Sachsenspiegel I, 3 § 3, Beseler Privatrecht Bd. 1 § 132 Anm. 10. Die altcivile Agnatenerbfolge der Römer kannte keine Beschränkung auf den Grad, dagegen berief der Prätor nur die Verwandten der sechs ersten Grade und aus dem siebenten noch die Kinder von Geschwisterkindern, l. 1 § 3, l. 9 pr. D. unde cognati 38, 8. Die nov. 118 hat aber allen, auch den entferntesten Verwanden das Recht zur Erbfolge verliehen.

storbenen[4] und konnten nicht seine gesetzlichen Erben sein. Dies hat für das preußische Recht keine Anwendbarkeit, schon um deswillen nicht, weil die zur Zeit des Todes des Erblassers vorhandenen Verwandten eventuelle Erbansprüche erlangten und diese Rechte auf ihre später erzeugten Abkömmlinge übertragen.[5] Die Erbrechte unehelicher, legitimirter und adoptirter Kinder nach gemeinem und nach preußischem Rechte sind verschieden.

a) Da die unehelichen Kinder nach gemeinem Rechte mit der Mutter und mit sämmtlichen Verwandten der Mutter verwandt sind,[6] so stehen sie mit denselben auch in Erbgemeinschaft. Nach preußischem Rechte sind die Unehelichen nur verwandt mit der Mutter, mit deren unehelichen Kindern,[7] wie auch selbstverständlich mit den ehelichen Abkömmlingen dieser Kinder,[8] und es tritt daher nur zwischen diesen Personen gegenseitiges Erbrecht ein.

b) Nach gemeinem Rechte haben Kinder aus einer Putativehe, wenn auch nur eines der Eltern in gutem Glauben bei Eingehung der Ehe war, die Rechte ehelicher Kinder gegenüber den Eltern und den Verwandten der Eltern, und es haben in gutem Glauben befindliche Eltern und deren Verwandte Erbrechte gegen das Kind, während dieselben bösgläubigen Eltern und deren Verwandten nicht zustehen.[9] Nach preußischem Rechte haben die Kinder aus nichtigen und für ungültig erklärten Ehen, ohne Rücksicht auf guten Glauben der Eltern, gegenüber diesen die Rechte der ehelichen Kinder, ebenso haben sie unter sich die Rechte vollbürtiger Geschwister, was sich auch auf ihre Nachkommen erstreckt. Gutgläubige Eltern erhalten auch gegen ihre Kinder aus der vermeinten Ehe gesetzliche Erbrechte,[10] ihre Ascendenten haben solche Rechte nicht.

---

4) l. 6, l. 7, l. 8 pr. D. de suis et legitimis 38, 16. Vgl. aber auch Dernburg Pand. Bd. 3 § 135 Anm. 3.

5) Oben § 185 bei Anm. 9. Auch Witte a. a. O. S. 25 erachtet nach dem Tode des Erblassers Erzeugte als berufbar, weil sie nach preußischer Auffassung als dessen Verwandte angesehen werden. L. R. I, 12 § 527, — oben § 100 Anm. 10 — worauf sich Eccius Bd. 4 § 258 Anm. 8 hiergegen beruft, bezieht sich auf die hier besprochene Frage nicht.

6) l. 2, l. 4, l. 8 D. unde cognita 38, 8; l. 4 § 2 D. de grad. et aff. 38, 10. Vgl. oben § 68 Anm. 4.

7) L. R. II, 2 § 639, II, 3 § 6. Vgl. oben § 68 Anm. 6 und Ziff. II.

8) Entsch. des O. Trib. Bd. 20 S. 307. Das Erbrecht der ehelichen Descendenten der unehelichen Kinder gegenüber der Mutter derselben wird namentlich daraus gefolgert, daß diese ein gleiches Erbrecht gegenüber der Mutter wie die ehelichen Kinder haben sollen, L. R. II, 2 § 656.

9) Cap. 2, 8. 14 X. qui filii sint legitimi 4, 17. Schirmer a. a. O. S. 213 ff.

10) L. R. II, 2 § 50 ff., vgl. oben § 72.

c) Die gemeinrechtliche Praxis gab den Brautkindern die Rechte ehelicher Kinder.[11] Nach Landrecht erlangten sie diese Rechte wenigstens im Falle einer gerichtlichen Anerkennung durch den Bräutigam.[12] Das Gesetz vom 24. April 1854 hat für das Geltungsgebiet des Landrechts diese Bestimmungen außer Kraft gesetzt.[13] Brautkinder werden hiernach vor anderen unehelichen Kindern nicht mehr ausgezeichnet.

d) Die Legitimirten hatten nach römischem Rechte die Rechte ehelicher Kinder. Dies ist bezüglich der Legitimirten durch nachfolgende Ehe unbestritten in das gemeine Recht übergegangen, und gilt auch nach preußischem Rechte.[14]

Was die durch Reskript Legitimirten anlangt, so war gemeinrechtlich lange Streit, schließlich wurden aber die römischen Bestimmungen recipirt.[14a] Nach Landrecht dagegen besteht gegenseitiges gesetzliches Erbrecht zwischen Vater und Kind, sowie zwischen dem Legitimirten und den ehelichen Kindern seines Vaters als Halbgeschwistern.[15] Zwischen dem Legitimirten und seiner Mutter und den Kindern seiner Mutter bestehen dieselben Erbberechtigungen wie bei anderen Unehelichen. Mehrere demselben Vater gegenüber durch Reskript legitimirte Kinder derselben Mutter werden jedoch unter sich als vollbürtige Geschwister anzusehen sein.

e) Was endlich die Adoptirten anlangt, so ist die Unterscheidung des justinianischen Rechtes zwischen adoptio plena, welche Erbgemeinschaft mit dem Adoptivvater und dessen Agnaten herstellte,[16] und zwischen adoptio minus plena, welche nur ein Intestaterbrecht des Kindes gegen den Adoptivvater herstellte,[17] im preußischen Rechte beseitigt. Die Adoption bewirkt hier stets ein gesetzliches Erbrecht des Adoptivkindes und seiner Abkömmlinge gegenüber dem Adoptivparens, nicht aber gegen dessen Verwandte. In dem Erbrechte gegenüber der natürlichen Familie geht keine Veränderung vor sich.[18]

---

11) Vgl. hierüber die Entwicklung bei Schirmer a. a. O. S. 215 Anm. 13. Anders R. G. Bd. 5 S. 170.

12) L. R. II, 2 § 597.

13) Gesetz vom 24. April 1854 § 22.

14) Vgl. oben § 59. L. R. II, 2 § 596. Bezüglich der Familienstiftungen und Familienfideikommisse verweist L. R. II, 4 §§ 34, 134 auf die Stiftungsurkunden. Sofern diese keine Bestimmungen enthalten, muß die Regel des gemeinen preußischen Rechts gelten.

14a) Oben § 60 Ziff. I.

15) L. R. II, 2 § 601 ff. Vgl. oben § 60 Ziff. II.

16) Vgl. Schirmer a. a. O. § 11, l. 23 D. de adopt. 1, 7, l. 1 § 4 D. unde cognati 38, 8. Daß diese Sätze dem heutigen Rechtsbewußtsein nicht entsprechen, ist übrigens zweifellos. Sie sind daher mehr oder weniger streitig und in der Praxis beanstandet. Siehe Dernburg Pand. Bd. 3 § 30.

17) l. 10 C. de adoptionibus 8, 48, § 2 J. eod. 1, 11.

18) L. R. II, 2 § 681 ff. Vgl. oben § 61 ff., insbesondere auch § 62 Anm. 5.

4. Für die Frage der Verwandtschaft mit dem Erblasser ist nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechtes wie bei anderen mit der Beerbung zusammenhängenden Fragen des materiellen Rechtes, der letzte Wohnsitz des Erblassers regelmäßig maßgebend. Jedoch ist anzunehmen, daß eine Veränderung seines Wohnsitzes ein bereits begründetes verwandtschaftliches Verhältniß nicht ändert.[19] Der Vater, welcher zur Zeit als seine Tochter außerehelich gebar, seinen Wohnsitz im Gebiete des gemeinen Rechtes hatte, später aber seinen Wohnsitz in das landrechtliche Gebiet verlegte und hier seinen letzten Wohnsitz nahm, bleibt doch trotzdem mit seinem außerehelichen Enkel verwandt und wird von demselben beerbt.[20]

§ 187. Die Erbfolgeordnung. Einleitung.

1. Das ältere deutsche Erbrecht beruht vorzugsweise auf dem Parentelensystem oder der Linealgradualerbfolge.[1] Hiernach gehen die der näheren Parentel Angehörigen, d. h. diejenigen Verwandten, welche den näheren Parens mit dem Erblasser gemeinsam haben, den Verwandten aus entfernteren Parentelen vor, und es werden in jeder Parentel die dem Erblasser dem Grade nach am nächsten Stehenden vor den Entfernteren berufen. Indessen entwickelten sich aus dem älteren Rechte sehr verschiedene Erbrechtssysteme. Nach sächsischem Landrechte wurden gerufen die Kinder des Erblassers, wobei das Repräsentationsrecht der Enkel ursprünglich bestritten war, dann dessen Eltern nach s. g. Schooßfallsrechte, weiter die Geschwister, endlich die übrigen Seitenverwandten nach der Nähe des Grades. Gleichnahe theilten nach Köpfen, die halbbürtige Geburt trat um einen Grad zurück.[2]

2. Von diesem System, welches im gesammten Gebiete des sächsischen Rechts Geltung hatte, war das Erbrechtssystem, welches Justinian in der Novelle 118 aufstellte, nicht allzusehr abweichend; dasselbe fand denn auch fast

---

19) Vgl. oben § 95 Anm. 9.

20) Eccius Bd. 4 § 258 Anm. 1 nimmt an: die einmal begründete Verwandtschaft des unehelichen Enkels gegenüber seinem mütterlichen Großvater bleibe zwar bestehen, wenn der letztere seinen letzten Wohnsitz in Preußen habe, ein Verwandtenerbrecht gegen seinen Großvater habe aber ein solcher Enkel nicht. Das ist nicht folgerecht und entspricht auch L. R. II, 2 § 348 nicht.

1) Vgl. Heusler Institutionen des deutschen Privatrechts Bd. 2 S. 528. Hiernach bildete sich das ältere deutsche Erbrecht aus zwei verschiedenen Grundgedanken. In erster Linie stand die Hausgemeinschaft, gebildet aus Eltern und Kindern und diesen unter sich als Geschwister, so daß beim Tode eines Gemeinschafters die übrigen nachrückten, in zweiter Linie folgte dem Verstorbenen seine Sippe nach Parentelenordnung nach.

2) Sachsenspiegel I, 17 § 1 ff. Ueber das Magdeburger Recht und dessen Fortbildung in märkischen Stadtrechten vgl. auch Heydemann die Elemente der Joachimischen Konstitution von 1527 S. 49 ff.

allgemeine Reception in Deutschland unter einzelnen dem Partikularrecht angehörigen Abänderungen.[3] Jene Novelle hat bekanntlich das geschichtlich gegebene, aber jeder inneren Einheit entbehrende Intestaterbrecht der Pandekten und des Codex von Grund aus umgebildet. Sie beruht grundsätzlich auf der Gradualerbfolge, so daß jedoch Descendenten, Ascendenten, Geschwister und Geschwisterkinder den Vorzug haben. So bildeten sich die bekannten 4 Klassen. In der ersten erben die Descendenten des Erblassers und zwar jeden Grades, sofern nur zwischen ihnen und dem Erblasser kein näherer Erbberechtigter in der Mitte steht, in der zweiten erben die relativ nächsten Ascendenten, vollbürtige Geschwister und Kinder ersten Grades vorverstorbener vollbürtiger Geschwister, die dritte nehmen die Halbgeschwister und Kinder ersten Grades vorverstorbener Halbgeschwister ein, während in der vierten alle übrigen Verwandten nach der Gradesnähe berufen werden.

3. Das System der Novelle 118 liegt auch dem Landrechte zum Grunde. Doch sind mehrere Abänderungen getroffen, welche dem deutschen Rechtsgefühle entsprechen und Verbesserungen enthalten.[4]

a) Die unmittelbaren Ascendenten, also Vater und Mutter, gehen nämlich in Anlehnung an deutsches Recht[5] den Geschwistern des Erblassers und deren Nachkommen vor. Dagegen haben vollbürtige Geschwister und deren Nachkommen den Vorzug vor entfernteren Ascendenten des Erblassers. Damit ist der auffallende Satz des justinianischen Rechtes beseitigt,

3) Bei der Redaktion des Landrechts wurde die Frage angeregt, ob die Parentelenordnung zu Grunde zu legen sei. Man erklärte sich jedoch gegen dieselbe. Suarez bemerkt bei der Schlußrevision in v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 147: „Nach dem Josephinischen Gesetzbuche geschieht die Succession in allen Ordnungen selbst bei den entfernteren Kollateralen nur nach Linien. Dies führt aber in sehr vielen Fällen auf unabsehliche Weiterungen über die Ausmittelung der Theilnehmer, indem bei jedem Successionsfalle der ganze Stammbaum des Erblassers untersucht und belegt werden muß. Ueberdem werden dadurch die Verlassenschaften oft in unsäglich kleine Theile zersplittert. Man hat also hier die Linealsuccession nur bei Descendenten, Geschwistern und Geschwisterkindern eingeführt, in Ansehung der entfernteren Seitenverwandten aber die römische Successionsordnung beibehalten." Auch Unger östr. Erbrecht § 32 Anm. 2 tadelt am östreichischen Rechte die Zulassung des Eintrittsrechts in den entfernteren Linien, da dies leicht zu einer gänzlichen Zersplitterung der Erbschaft führen könne. Er will daher in den entfernteren Linien Vorzug des näheren Grades.

4) Der abfälligen Kritik, welcher das preußische Recht so häufig unterlag, ist auch dessen Verwandtenerbfolge nicht entgangen. Sie sei weder aus einem scharf aufgefaßten Princip, noch aus volksthümlicher Rechtsgewohnheit, sondern nach unsicherm Umhertappen, man könne wohl sagen, zufällig entstanden. Witte preuß. Intestaterbrecht § 9. Da die Novelle 118 einmal in Deutschland recipirt war, so hatte unseres Erachtens der Gesetzgeber nicht die Aufgabe, neue Principien einzuführen, sondern das Vorhandene in volksmäßiger Weise umzubilden. Dies ist dem Landrechte in vorzüglichem Maße gelungen.

5) Das Schooßfallsrecht fand sich nach älterem deutschen Recht bald nur zu Gunsten der unmittelbaren Eltern, insbesondere der Mutter, Sachsenspiegel I, 17 § 1, vgl. Heydemann Elemente S. 57, bald zu Gunsten aller Ascendenten, Heydemann a. a. O. S. 390.

daß die Antheile der Geschwister kleiner werden, wenn anstatt der Eltern des Erblassers drei oder gar vier Großeltern desselben vorhanden sind. Die entfernteren Ascendenten konkurriren mit halbbürtigen Geschwistern und deren Nachkommen.

b) In der Klasse der Geschwister ferner sind nicht bloß die unmittelbaren Kinder derselben mitberufen, sondern, was folgerichtig ist, auch entferntere Descendenten von Geschwistern des Erblassers.

So ergeben sich nicht — wie nach der Novelle 118 — 4, sondern 5 Klassen der ordentlichen Verwandtenerbfolge.[6]

4. Die Novelle 118 ist in den Landestheilen in Kraft geblieben, in welchen die drei ersten Titel des zweiten Theiles des Landrechtes suspendirt[7] sind, namentlich auch in der Mark Brandenburg,[8 9] wo die Joachimica die gemeinrechtliche Verwandtenerbfolge im Wesentlichen bestätigt hat, nicht minder im Herzogthum Westphalen.

§ 188. Die Erbfolgeklassen und der Theilungsmaßstab.

Mit der Darstellung der Klassen ist die Angabe des Theilungsverhältnisses in denselben zu verbinden. Dasselbe gestaltet sich nach preußischem Rechte weit einfacher als nach der Novelle 118, bei welcher namentlich die zweite Klasse zu Verwickelungen führt.

1. Die erste Klasse ist die der absteigenden Linie.[1] Hier entscheidet nicht die Nähe des Grades. Auch entferntere Descendenten, z. B. des zweiten und dritten Grades, werden neben den unmittelbaren Kindern berufen,[2]

---

6) Diese 5 Klassen hat zuerst Crelinger Erbrecht § 22 aufgestellt, Witte ist ihm gefolgt § 9 S. 30, § 14 ff. Koch Erbrecht S. 995 will 9 Klassen unterscheiden, indem er die Erbfolge der Ehefrau, der unehelichen Kinder, der Kinder zur linken Hand, der Heimathsgemeinde und des Fiskus hereinzieht, was indessen die Darstellung nicht fördert.

7) Vgl. oben § 1 Anm. 20 und Bd. 1 § 11 Anm. 10 und 11.

8) Die Joachimica schloß sich bezüglich der Geschwisterkinder der Ansicht des Accursius an, wonach sie stets nach Stämmen erben sollten, allein nachdem der Reichsabschied von Speyer die Meinung des Azo gebilligt hatte, gemäß welcher die Theilung unter Geschwisterkindern nach Köpfen geschieht, wenn sie ohne Konkurrenz von Geschwistern erben, wurde dies System durch das Patent vom 15. Juni 1529 auch in der Mark aufgenommen. Die Joachimica tit. 6 sect. 1 § 4 ließ in der ersten Klasse nur ein Eintrittsrecht der Enkel neben Kindern ersten Grades, nicht der Urenkel neben Kindern und Enkeln zu. Allein Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht haben diese unrichtige Auslegung der Novelle, die allerdings eine authentische sein sollte, beseitigt, vgl. Scholtz von Hermensdorff Märkisches Provinzialrecht Bd. 2 S. 98.

9) Im ersten und zweiten Jerichowschen Kreise, von welchem einzelne Theile den Vorschriften des Märkischen Provinzialrechts unterstehen, sind durch Gesetz vom 22. Mai 1874 seit dem 1. Januar 1875 die landrechtlichen Bestimmungen über die gesetzliche Erbfolge in Kraft gesetzt.

1) L. R. II, 2 § 271 ff., insbesondere §§ 300 ff. 348 ff. Witte a. a. O. S. 51 ff.

2) L. R. II, 2 § 348.

wenn ihr das Verwandtschaftsverhältniß mit dem Erblasser vermittelnder Parens nicht Erbe wird.[3] Die Abkömmlinge eines der Erbschaft entsagenden oder vom Erblasser ausgeschlossenen Kindes treten an dessen Stelle ein.[4] Berufen sind auch, wie wenn sie bereits geboren wären, die zur Zeit des Todes des Erblassers im Mutterleibe befindlichen Descendenten desselben für den Fall ihrer lebendigen Geburt, seien dieselben nun unmittelbare Kinder oder entferntere Descendenten des Erblassers.[5]

Die Theilung geschieht unter Kindern ersten Grades nach Köpfen.[6] Sind entferntere Descendenten Miterben, so geschieht die Theilung nach Stämmen, so daß die Enkel durch denselben Parens zusammen eine Stammportion erhalten.[7] Entsprechend verhält es sich im Falle der Betheiligung von Urenkeln. Diese Behandlungsweise ist nicht bloß für die Vertheilung unter den Descendenten selbst von Wichtigkeit. Vielmehr zählen entferntere Abkömmlinge eines Kindes auch als Eins in Konkurrenz mit einem überlebenden Ehegatten, und bei Berechnung des Pflichttheils.[8]

Die entwickelten Grundsätze sind dem preußischen mit dem gemeinen Recht gemeinsam. Eine Aenderung des letzteren liegt aber darin, daß die ehelichen Nachkommen der Mutter, welche mit einem unehelichen Kinde ihrer Mutter oder mit dessen Nachkommen erben, als Voraus erhalten, was die Erblasserin von dem Vater der ehelichen Kinder von Todeswegen oder durch Schenkungen empfangen hat,[9] die s. g. lucra nuptialia.

3) L. R. II, 2 § 349.

4) L. R. II, 2 §§ 354, 355 ff. Ueber den Erbverzicht durch Vertrag vgl. oben § 181 Anm. 9.

5) Vgl. Koch Erbrecht S. 1001 und dort Angeführte.

6) Vgl. L. R. II, 2 § 302.

7) L. R. II, 2 § 348 ff. spricht von Theilung nach „Linien", womit eben die nach Stämmen gemeint ist.

8) Witte Intestaterbrecht S. 52. Vgl. unten § 199 Anm. 26.

9) L. R. II, 2 § 657. Das Gesetz bestimmt als Voraus der ehelichen Kinder, was die Mutter von deren Vater oder dessen Ascendenten durch Verträge, letztwillige Verordnungen oder gesetzliche Erbfolge überkommen hat. Man ist darüber einig, daß lästige Verträge hierunter nicht verstanden sind; dagegen ist streitig, ob freigebige Erwerbungen jeder Art gemeint sind, wozu Bornemann Bd. 6 S. 266 hinneigt, oder ob, was Koch zum § 657 annimmt, nur Erbverträge oder Schenkungen von Todeswegen betroffen sind. Für das Letztere führt man an, daß nach dieser Auslegung die Verträge den beiden anderen Titeln, letztwilligen Verordnungen und gesetzlicher Erbfolge, entsprechen. Dies erscheint uns nichts weniger als schlüssig. Auch liegt wohl ein Anklang der römischen Bestimmung vor, wonach die lucra nuptialia, welche der Ehegatte aus früherer Ehe gewann, den Kindern dieser Ehe vorbehalten bleiben sollten, wenn dieser zur weiteren Ehe schritt. Solche lucra nuptialia umfassen aber gesetzlichen Erwerb in Folge der Ehe wie auch Liberalitäten jeder Art. l. 1 pr. C. de secundis nuptiis 5, 9, nov. 22 cap. 30. Ueber den § 657 vergleiche übrigens auch Entsch. des O. Trib. Bd. 83 S. 210, wo eine unrichtige Anwendung desselben zurückgewiesen wird. — Vgl. oben § 98 Ziff. 6.

2. Die zweite Klasse wird nur durch die unmittelbaren Eltern des Erblassers gebildet.[10] Hierin liegt die wesentlichste Abweichung des Landrechts vom System der Novelle 118. Erben Vater und Mutter zusammen, so erhält Jeder die Nachlaßhälfte; erbt bloß einer von ihnen, so erhält er den gesammten Nachlaß.[11] Die Mutter ist daher Erbin des gesammten Nachlasses ihres außerehelichen, ohne Descendenten versterbenden Kindes.[12]

3. Die dritte Klasse enthält die vollbürtigen Geschwister und deren Abkömmlinge.[13] Als vollbürtig gelten ehelich geborene Kinder, welche Vater und Mutter gemeinsam haben, ferner Kinder, die gemeinsam aus nichtigen oder für ungültig erklärten Ehen entsprangen,[14] endlich auch die von derselben Mutter stammenden durch nachfolgende Ehe Legitimirten.[15]

Die Abkömmlinge derjenigen Geschwister, welche vor dem Erblasser verstarben oder sonst nicht dessen Erben wurden, sind berufen, ohne Unterschied des Grades, nach denselben Grundsätzen, wie bei der Descendentenerbfolge.

Sind nur Geschwister erbberechtigt, so theilen sie nach Köpfen. Erben neben Geschwistern Abkömmlinge von Geschwistern, so wird nach Stämmen getheilt, ebenso wenn nur Geschwisterkinder von verschiedenen Geschwistern erbberechtigt sind. Für das preußische Recht ist also der Reichsabschied von Speyer vom Jahre 1529, welcher im Fall ausschließlicher Berufung von Geschwisterkindern Theilung nach Köpfen vorschrieb, nicht maßgebend geworden.

4. Die vierte Klasse nimmt die Ascendenten außer den Eltern und die halbbürtigen Geschwister des Erblassers, so wie deren Abkömmlinge auf.[16]

Sind Ascendenten und halbbürtige Geschwister oder Nachkommen derselben nebeneinander berufen, so zerfällt der Nachlaß in Hälften, von denen

10) L. R. II, 2 § 489 ff.

11) L. R. II, 2 §§ 490, 491.

12) Vgl. L. R. II, 2 § 659. Witte a. a. O. S. 57 verneint das Erbrecht der Mutter gegen die Kinder, welche sie in einer mala fide eingegangenen nichtigen Ehe geboren hat, nach L. R. II, 2 § 54, wo den Eltern, welche wissentlich eine nichtige Ehe schlossen, die elterlichen Rechte abgesprochen werden. Dagegen hat sich Koch Erbrecht S. 1031 mit Fug erklärt. Es sollen durch § 54 die Rechte ehelicher Eltern versagt werden, die Erbberechtigung der Mutter als einer unehelichen ist hiervon unabhängig. Ebensowenig dürfte richtig sein, wenn Witte a. a. O. der ehebrecherischen Mutter das Erbrecht abspricht, „da es unangemessen erscheine, der Mutter aus einem eigentlichen von ihr begangenen Verbrechen Rechte erwachsen zu lassen." Unseres Bedünkens erwidert hiergegen Koch a. a. O. S. 1032 mit Recht, daß das Erbrecht jener Mutter sich nicht auf ihr Vergehen, sondern auf das natürliche Band der Blutsverwandtschaft stützt.

13) L. R. I, 12 § 492, II, 3 §§ 31, 35—40. Vgl. oben § 187 Ziff. 3 Buchst. b.

14) L. R. II, 2 § 52, oben § 72 im Text hinter Anm. 2.

15) L. R. II, 3 § 4. Ueber die durch Reskript Legitimirten siehe oben § 186 Buchst. d.

16) L. R. II, 2 § 492 ff.

die eine den Ascendenten, die andere der Geschwisterseite zukommt. Sind nur Ascendenten vorhanden, so erhalten sie den gesammten Nachlaß, ebenso wenn nur halbbürtige Geschwister oder Abkömmlinge derselben vorhanden sind.[17]

Von mehreren Ascendenten schließen, wie nach römischem Rechte, die näheren die entfernteren aus, auch wenn diese einer andern Linie angehören. Gleich nahe Ascendenten theilen ohne Rücksicht auf die Linie unter sich folgerecht nach Köpfen, während das römische Recht folgewidrig nach Linien theilen ließ.[18] Auch der Großmutter, welche unehelich gebar, fällt die Erbschaft der Kinder ihres unehelichen Kindes zu.

Die halbbürtigen Geschwister und deren Abkömmlinge theilen unter sich nach denselben Grundsätzen, wie vollbürtige Geschwister und deren Abkömmlinge.[19] Es wird nicht unterschieden, ob das Vermögen von der väterlichen oder der mütterlichen Seite herkam.[20]

5. In der fünften Klasse folgen die übrigen Seitenverwandten je nach der Nähe des Grades.[21] Personen, die vor dem Tode des Erblassers verstarben, verfällen ihr Erbrecht nicht auf ihre Kinder.[22] Mehrere Verwandte gleichen Grades erben zu gleichen Theilen.[23] In dieser Klasse wird keine Rücksicht darauf genommen, ob die Seitenverwandten durch volle oder halbe Geburt mit dem Erblasser verbunden sind.[24]

Auch die Verwandten über den sechsten Grad hinaus werden berufen. Doch werden sie durch einen überlebenden Ehegatten des Verstorbenen ausgeschlossen.[25]

§ 189. Einzelne Rechtssätze bezüglich der Verwandtenerbfolge.

1. Die ältere gemeinrechtliche Theorie führte das Recht der Enkel, ihren Großvater an Stelle ihres vorverstorbenen Parens neben Söhnen und Töchtern des Erblassers zu beerben, auf ein s. g. Repräsentationsrecht zurück;

---

17) L. R. II, 2 § 494 ff. Die Novelle 118 Cap. 2 ließ bekanntlich zwischen den miteinander berufenen Ascendenten und Geschwistern Theilung nach Köpfen eintreten.

18) Ganz zweifellos ist die Frage auch nach preußischem Rechte nicht. Denn L. R. II, 2 § 498 besagt: Sind mehrere gleich nahe Verwandte in aufsteigender Linie vorhanden, so erben dieselben die Portion dieser Linie zu gleichen Theilen. Klein System 2te Ausg. Bd. 2 § 703 vertheidigte hiernach die Theilung nach Linien. Dagegen ist die überwiegende Meinung neuerer Schriftsteller, daß mit dieser Linie als gemeint gilt der Antheil, welcher auf die Ascendenten als solche fällt. Witte Intestaterbrecht S. 41 ff. und Koch Erbrecht S. 1038 Anm. 8.

19) L. R. II, 3 §§ 41, 42.

20) L. R. II, 2 § 499, II, 3 § 44.

21) L. R. II, 3 § 46 ff.

22) L. R. II, 3 § 50.

23) L. R. II, 3 § 51.

24) L. R. II, 3 § 52.

25) L. R. II, 3 § 47, II, 1 § 622 ff.

das Gleiche geschah, um die Erbfolge der Kinder von Geschwistern neben den Geschwistern des Erblassers zu erklären.[1] Aus dem Repräsentationsrechte folgerte man, daß von einem Erbrechte derartiger Nachkommen nur die Rede sein könne, wenn auch ihr Parens hätte erben können und wenn sie dessen Erben wurden, da nur unter dieser Voraussetzung dessen Recht auf sie übergehen konnte. Auch beim Pflichttheil und der Kollationsverbindlichkeit beurtheilte man Recht und Pflicht der Enkel vom Standpunkte des Repräsentationsrechtes aus. Die neuere gemeinrechtliche Doktrin dagegen verwirft diesen Gedanken schon um deswillen, weil der verstorbene Parens nie ein Erbrecht gegenüber seinem noch lebenden Ascendenten hatte, welches auf jene Nachkommen hätte übergehen können.[2] Auch die Verfasser des Landrechtes mißbilligten den Gedanken des Repräsentationsrechtes als Quelle zahlreicher Irrthümer.[3] Die Abkömmlinge entfernterer Grade, und ebenso die Nachkommen von Geschwistern erben hiernach aus eigenem Rechte, daher sowohl, wenn sie Erben des die Verwandtschaft Vermittelnden wurden,[4] wie, wenn dieser der ihm angefallenen Erbschaft entsagt hat. Hiermit steht nicht, wie man vermeint hat, in Widerspruch, daß Enkel, die ihren Großvater beerben, sich als Konferendum anrechnen lassen müssen, was ihr vorverstorbener Parens an kollationspflichtigen Gegenständen erhielt. Denn dies erklärt sich ohne Zuhülfenahme des Repräsentationsrechtes aus dem vermuthlichen Willen des Erblassers.[5]

2. Nach dem Systeme des preußischen Rechtes, nach welchem die Erbschaft von Rechtswegen mit dem Tode des Erblassers erworben und auf die Erben des Erben übertragen wird, hat das Anwachsungsrecht unter den gesetzlichen Erben nicht die praktische Bedeutung, welche ihm nach gemeinem Rechte innewohnt.[6] Dasselbe kann nur eintreten, wenn einer der Miterben der Erbschaft innerhalb der Ueberlegungsfrist rechtsgültig entsagt, oder wenn er als unwürdig des Erbrechtes verlustig geht. In solchen Fällen findet bald

1) Vgl. Glück a. a. O. § 23 ff. Man berief sich auf die Ausdrücke der nov. 118 und 127 „in locum oder in jura parentis succedere.“ Förderung mag aber der Gedanke auch dadurch erhalten haben, daß nach älterem deutschen Rechte die Söhne allein erbten, und wie sich die Joachimica tit. VI, sect. 1 § 1 ausdrückt, des verstorbenen Kindes Kinder „an die Stelle ihrer Eltern nach den Stämmen aus Gnaden der Rechte gleich zum Erbe zugelassen“ wurden.

2) Vgl. namentlich die Ausführung von Vangerow Pandekten Bd. 2 § 414 Anm. 2.

3) Vgl. Note zu § 28 Th. I, Tit. 3 des Entwurfs zum Gesetzbuche von 1784 Bd. I, S. 255.

4) L. R. II, 3 § 40.

5) Anders Koch Erbrecht S. 932 ff.

6) Vgl. Korte, Entwicklung der Lehre vom jus accrescendi nach preußischem Recht in Ulrichs Archiv Bd. 2 S. 476 ff.

ein allgemeines Anwachsungsrecht statt, bei dem sich der Zuwachs auf alle Erben vertheilt, bald ein engeres zu Gunsten bestimmter Miterben. Das engere Anwachsungsrecht tritt ein im Falle der Erbberufung nach Stämmen, indem dann, wenn Einer aus den an der Stammportion Betheiligten ausscheidet, der Zuwachs innerhalb des Stammes stattfindet, so daß erst, wenn alle Mitglieder des Stammes wegfallen, der erledigte Erbtheil vermöge des allgemeinen Anwachsungsrechtes den übrigen Erben zufällt.[7]

3. Gemeinrechtlich ist bekanntlich bestritten, ob nach der Novelle 118 eine durchgreifende Succession — s. g. successio ordinum et graduum — stattfinde, oder ob in der Klasse der Descendenten und Geschwister die Succession nicht Platz greift, weil in diesen Klassen nicht der nähere Grad den entfernteren ausschließt, eine successio graduum also nicht statthaft scheint.[8] Die erstere Ansicht entspricht allein dem Grundgedanken der Novelle 118. Nach preußischem Recht steht es fest, daß dann, wenn der nähere Descendent des Erblassers der Erbschaft entsagt oder ihrer sonst verlustig geht, seine Abkömmlinge berufen werden,[9] wie wenn jener Nähere von vornherein nicht vorhanden gewesen wäre. Entsprechendes gilt bezüglich der Nachkommen der Geschwister.[10]

4. Noch viel zweifelhafter ist gemeinrechtlich, ob dann, wenn von den zunächst berufenen Intestaterben Einige erwerben, Andere nicht, hinsichtlich der ausfallenden Erbtheile eine neue Berufung eintritt oder ob eine neue Berufung erst stattfindet, wenn die frühere völlig erledigt ist, so daß also die ausfallenden Portionen denjenigen Personen zuwachsen, die aus der früheren Berufung Erben bereits geworden sind.[11] Man formulirt dies meist so, ob successio graduum oder Anwachsungsrecht den Vorzug habe.[12] Für das preußische Recht ist das Erstere anzunehmen. Hier gelten die entfernteren gesetzlichen Erben von vornherein für den Fall des Ausfalles

7) Vgl. l. 12 pr. D. de bon. poss. c. tab. 37, 4, L. R. II, 2 § 351, II, 3 §§ 38. 42.

8) Gegen die successio graduum in allen Klassen erklärt sich von Neueren Puchta Pand. § 458 e, Büchel Streitfragen S. 94, für dieselbe Vangerow Bd. 2 § 420, Johann Merkel die Lehre von der successio graduum unter Intestaterben, 1876. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 133.

9) L. R. II, 2 § 352.

10) L. R. II, 3 § 39.

11) Oben § 185 bei Anm. 6. Beispielsweise der Erblasser hinterläßt zwei Söhne als Erben, der eine A. tritt an, der andere B. schlägt aus; wird hier dem Sohne des B., dem C., weiter deferirt oder wächst die Portion des B. dem A. an?

12) Oben § 94 Ziff. I. Dies ist im gemeinen Recht herrschende Doktrin, welche u. A. Vangerow Bd. 2 § 420 vertritt. Doch sind viele Neuere entgegengesetzter Ansicht, so Windscheid Bd. 3 § 573 Anm. 5, Dernburg Pand. Bd. 3 § 133. Dort sind auch die neueren Schriftsteller angeführt, die sich der modernen und billigeren Auffassung zuneigen.

der ihnen im Wege stehenden Näheren mitberufen, lassen folglich dem Anwachsungsrecht keinen Raum.[13]

5. Welchen Einfluß hat eine doppelte Verwandtschaft mit dem Erblasser? Dieselbe ist einflußlos, wenn unter den Erben nach Köpfen getheilt wird, also namentlich in der letzten Klasse. Wo dagegen die Theilung nach Stämmen geschieht, kann dieselbe Person in mehreren Stämmen vorkommen, und in jedem einen Erbtheil davontragen.[14] Gemeinrechtlich konnte dieser Fall nur bei Descendenten eintreten, nach preußischem Recht ist er auch bei Nachkommen von Geschwistern möglich.[15]

Zweites Kapitel.

Gesetzliche Erbfolge von Nichtverwandten.

§ 190. Das Erbrecht der Ehegatten. Einleitung.

I. Den deutschen Ehegatten der älteren Zeit standen gegenseitige Erbansprüche nur in sehr beschränktem Maße zu, wie sich namentlich im sächsischen Recht zeigt.[1] Seit dem Mittelalter aber erstrebte man Erweiterung der Erbbefugnisse der Ehegatten. Ihm kam das römische Recht, wie es sich durch die justinianische Gesetzgebung gestaltet hatte, nur in unvollkommener Weise entgegen. Die Ehegatten hatten hiernach ein Intestaterbrecht nur, falls keine Verwandten des Vorverstorbenen vorhanden waren, in Folge der bonorum possessio unde vir et uxor[2] und es stand außerdem der undotirten armen Wittwe ein außerordentliches Erbrecht auf ein Viertel des Nachlasses ihres reichen Ehemannes zu, jedoch höchstens bis zum Kindestheil und bis zu 100 Pfund Gold.[3] Weitergehende, den Anschauungen

13) L. R. II, 2 § 352, Witte a. a. O. S. 47. Oben § 185 bei Anm. 9.

14) Vgl. Glück Intestaterbrecht S. 137 ff.

15) So Witte Intestaterbrecht S. 40.

1) Der Mann behielt die fahrende Habe der vorverstorbenen Frau nach Sachsenspiegel III, 76 § 2, die Frau hatte sich mit Gerade und Mußtheil zu begnügen, vgl. oben § 24 bei Anm. 10.

2) l. un. D. unde vir et uxor 38, 11, l. un. C. eod. 6, 18. Nach älterem und Pandektenrecht gingen den Ehegatten nur vor die Kognaten bis einschließlich des sechsten Grades, und vom siebenten der sobrino et sobrina natus, da entferntere Verwandte nicht erbberechtigt waren, l. 1 § 3 D. unde cognati 38, 8. Nach Novelle 118 aber gehen den Ehegatten Verwandte jeden Grades vor.

3) nov. 53 cap. 6, nov. 117 cap. 5. Dernburg Pand. Bd. 3 § 137, R. G. Bd. 16 S. 153. Das römische System hat einen Vertheidiger gefunden an Koeppen Erbrecht S. 52. Die Ehe, führt er aus, solle nicht von äußeren Vortheilen begleitet sein. Wo die wahre eheliche Gesinnung unter den Ehegatten herrsche, werde Jeder den andern durch testamentarische Anordnung den individuellen Verhältnissen entsprechend bedenken, und, wo dies nicht der Fall sei, werde jedem Anspruch genügt, wenn das Gesetz der

und Bedürfnissen der Zeit entsprechende Erbrechte der Ehegatten zu schaffen, fiel der deutschen partikularen Rechtsbildung anheim. Hierbei mußte sich die enge Beziehung des ehelichen Güterrechts zum gesetzlichen Erbrecht der Ehegatten geltend machen. Im Fall der Gütergemeinschaft unter den Ehegatten pflegte sich das Erbrecht anders zu gestalten als bei Gütertrennung. Auch die juristische Gestaltung der statutarischen Portion wurde vielfach durch das jeweilen geltende eheliche Güterrecht bestimmt,[4] überwiegend aber war für sie das römische Recht bezüglich der armen Wittwe das Vorbild.

II. Auch das preußische Recht sichert dem überlebenden Ehegatten einen Erbtheil.[5] Dieses Erbrecht wird aber nicht als statutarische Portion aufgefaßt, sondern in einen Gegensatz zu derselben gesetzt, welcher namentlich darin zu Tage tritt, daß die Statutarportion in vollem Betrag hinterlassen werden muß, der Erbtheil des gemeinen preußischen Rechtes aber nur zur Hälfte Pflichttheil ist.[5a]

Voraussetzung des gesetzlichen Erbrechts der Ehegatten ist das Bestehen einer gültigen Ehe mit dem Erblasser bis zu dessen Tode.[6] Eine für nichtig oder für ungültig erklärte Ehe giebt auch dem Theil, der gutgläubig war, kein Erbrecht. Selbst der unschuldige geschiedene Ehegatte hat kein gesetzliches Erbrecht nach dem Tode seines Gatten.[7] Das Erbrecht der Ehegatten fällt aber nicht um deswillen weg, weil die Ehegatten thatsächlich getrennt lebten.[8] Selbst der Umstand, daß der eine Theil dem andern Grund zu einer Klage auf Ehescheidung gab, hebt an sich das Erbrecht nicht auf.

Wenn jedoch der unschuldige Theil nach Anstellung des Sühneversuches verstarb, so können die Erben die Anerkennung des Scheidungsgrundes erstreiten.[9] Dann geschieht die Auseinandersetzung der Vermögen so, wie wenn die Ehegatten geschieden gewesen wären, findet also ein Erbrecht

---

bedürftigen Wittwe, welche ihren Erhalter verlor, aus dem Vermögen desselben Unterstützung und Hülfe verleiht. Die Verweisung auf die letztwillige Verfügung wäre aber nur gerechtfertigt, wenn es sich um Ausnahmefälle handelte.

4) Das sächsische Recht gab in Anlehnung an sächsische Stadtrechte der Wittwe, falls sie ihr Vermögen einwarf, das Recht auf eine statutarische Portion, welche ein Drittel und, wenn sie mit Descendenten des Mannes konkurrirte, ein Viertel des Gesammtvermögens betrug, const. 20 p. III. Andere deutsche Partikularrechte gehen viel weiter. Einige ließen bei kinderlosen Ehen dem Ueberlebenden sogar das Gesammtvermögen zufallen.

5) L. R. II, 1 § 621 ff.

5a) L. R. II, 1 § 631, unten § 210.

6) Vgl. Witte a. a. O. S. 114 ff.

7) Der unschuldige Theil erhält aber wegen Verlustes seines Erbrechts Anspruch auf Ehescheidungsstrafen, vgl. oben § 20 im Text hinter Anm. 8.

8) Auch bösliche Verlassung kommt nicht in Betracht. Gemeinrechtlich wird vielfach nach l. un. § 1 D. unde vir et uxor 38, 11 das Gegentheil angenommen.

9) L. R. II, 1 § 827, oben § 19 Anm. 24.

des überlebenden Ehegatten nicht statt. Das Gleiche gilt, wenn der überlebende Ehegatte den Tod seines Ehegatten verursacht hat, oder ihn durch gewaltsame Mittel an der Scheidungsklage verhinderte.[10]

III. Gemeinrechtlich ist bestritten, wie sich die Erbfolge der Ehegatten bestimmt, wenn ihr Wohnsitz zur Zeit der Trennung der Ehe durch den Tod an einem anderen Orte war, als zur Zeit der Eingehung der Ehe. Grundsätzlich müßten die Statuten des letzten Wohnsitzes entscheiden.[11] Das Landrecht jedoch giebt aus Billigkeitsgründen dem überlebenden Ehegatten die Befugniß, statt des letzten das Recht des ersten Ehewohnsitzes zu erwählen.[12] Dies Wahlrecht gilt als höchstpersönliches Recht, welches auf die Erben des Ehegatten nicht übergeht.[13] Bestand unter den Ehegatten Gütergemeinschaft, so kann der Ueberlebende nicht Erbfolge nach dem Gesetz des letzten Wohnsitzes, welches getrenntes Güterrecht voraussetzt, verlangen.[14] Die Erbfolge nach dem letzten Wohnsitz ist immerhin die Regel, der überlebende Ehegatte muß seinerseits die Erbfolge nach dem ersten Ehewohnsitz

---

10) L. R. II, 1 §§ 828. 829, oben § 19 bei Anm. 25.

11) Vgl. L. R. II, 1 § 495, oben Bd. 1 § 27 Anm. 9. v. Bar das internationale Privat- und Strafrecht, Bremer die Wandelbarkeit des deutschrechtlichen Güterrechts nach Stand und Wohnort in Zeitschrift für deutsches Recht Bd. 23 S. 200 ff.

12) So ist L. R. II, 1 § 496 zu behandeln. Diese Lösung verdankt ihre Entstehung einem Kompromiß. Suarez hielt die Regel, daß der Nachlaß nach dem letzten Wohnsitz des Erblassers zu vererben sei, auch bei Ehegatten für maßgebend, während die Gesetzeskommission in Folge eines supponirten pactum tacitum den ersten Ehewohnsitz als entscheidend ansehen wollte. Es wurde schließlich auf den Satz des § 496 konkludirt. „Er ist" — bemerkt Suarez bei der Schlußrevision nach Kampţ Jahrb. Bd. 41 S. 118 ff. — „im Geiste des Gesetzbuches, welches überhaupt den überlebenden Ehegatten in der Succession mehr als das jus Romanum begünstigt. Er ist der Billigkeit besonders gegen die Frau gemäß, da sie solchergestalt gegen eine oft unwillkürliche Domicilveränderung Successionsrechte nicht verlieren darf, auf welche sie oder ihre Eltern und Vormünder bei Abschluß der Ehe reflektirten, so daß sie ebendeshalb die Errichtung von Ehepakten unnöthig gehalten hatten. Auch kann daraus keine Verwirrung und Weitläufigkeit entstehen, da der Fall der Gütergemeinschaft immer ausgenommen bleibt." Das Gesetz giebt das Recht der Wahl zwischen dem ersten und letzten Ehewohnsitz schlechtweg. Unrichtig ist die Behauptung von Förster Bd. 4 § 262, daß dasselbe wegfalle, wenn die Eheleute ihren Wohnsitz von einem Ort, wo Totalrecht als gemeines Recht gilt, z. B. Hannover, nach einem Ort im Herrschaftsgebiet des Landrechts verlegen. Die hiernach unterstellte Halbheit des Landrechts besteht nicht. Gegen Förster auch Eccius Bd. 4 § 262 Anm. 25.

13) Hierin legt allerdings eine Ausnahme von der oben im § 96 Anm. 10 aufgestellten Regel der Vererblichkeit der Rechte. Dieselbe ist aber genügend dadurch begründet, daß es sich um eine höchstpersönliche Begünstigung des überlebenden Ehegatten handelt. Das Obertribunal hat sich hiernach mehrfach für die Unvererblichkeit des Wahlrechts entschieden, wenigstens in dem gleichstehenden Fall, daß beim Wechsel der Gesetzgebung dem überlebenden Ehegatten die Wahl zwischen dem Recht zur Zeit der Eheabschließung und demjenigen zur Zeit der Eröffnung des Nachlasses gewährt wird. Entsch. Bd. 30 S. 145, Bd. 38 S. 157. Eccius Bd. 4 § 262 Anm. 20.

14) Entsch. des O. Trib. Bd. 3 S. 45, Bd. 37 S. 202, R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 1050.

längstens bei der Erbtheilung fordern, widrigenfalls er auf dieselbe nicht mehr zurückkommen kann.[15] [16]

In analoger Weise hat das Publikationspatent des Landrechts vom 5. Februar 1794,[17] wie durchgängig spätere Gesetze, welche die gesetzliche Erbfolge auf landrechtlicher Grundlage neu regelten, dem überlebenden nicht gütergemeinschaftlichen Ehegatten die Wahl gelassen, ob er nach den zur Zeit der Eingehung der Ehe geltenden oder den bei Eintritt des Erbfalles in Kraft stehenden Vorschriften erben will.

§ 191. Das Erbrecht der Ehegatten im Einzelnen.

Das Erbrecht der Ehegatten ist vom Landrecht verschieden geordnet, je nachdem zwischen ihnen Gütertrennung oder Gütergemeinschaft bestand.

I. Für den Fall der Gütertrennung gelten folgende Rechtssätze.

1. Hinterläßt der Verstorbene außer dem überlebenden Ehegatten Descendenten als Erben, so erhält der Ehegatte $1/4$ des Nachlasses,[1] und wenn mehr als drei Kinder beziehungsweise Kindesstämme Theil nehmen, einen Kindestheil.[2] Ob diese Kinder eigene des überlebenden Gatten oder fremde sind, macht keinen Unterschied. Wenn der Ehegatte mit Ascendenten, oder mit Geschwistern, oder mit Geschwisterkindern ersten Grades des Erblassers zu konkurriren hat, so wird dem Ehegatten $1/3$, wenn er mit entfernteren Seitenverwandten bis zum 6. Grade einschließlich konkurrirt, $1/2$ des Nachlasses zu Theil.[3] Es ist möglich, daß die Miterben verschiedenen dieser Klassen angehören, indem z. B. der Ehegatte als Erben Geschwisterkinder und Nachgeschwisterkinder oder Ascendenten und Enkel von halbbürtigen Geschwistern hinterläßt. Dann nimmt der Erblasser den Erben der einen Klasse gegenüber $1/3$, denen der andern $1/2$ des Erbtheiles hinweg.[4]

---

15) So löst Koch zu L. R. II, 1 § 496 die Frage, wie es zu halten sei, wenn sich der überlebende Ehegatte über die Wahl nicht erklärt. Bornemann 1. Ausgabe Bd. 6 S. 343 nahm an, daß dem Ehegatten auf Antrag der Miterben eine Frist zur Erklärung vom Richter zu setzen sei, während er in der zweiten Ausgabe Bd. 6 S. 217 die Vorschrift des § 9 der Exekutionsverordnung vom 4. März 1834 zur Anwendung bringen wollte.

16) Da L. R. II, 1 § 496 die Lösung einer gemeinrechtlichen Kontroverse enthält, so ist er auch in der Mark zur Anwendung zu bringen. Vgl. Präjudiz des O. Trib. 1347 und oben § 1 Anm. 20.

17) Publikationspatent vom 5. Februar 1794 § 14 und spätere Patente. Neuerdings traf dieselbe Uebergangsbestimmung das Gesetz vom 22. Mai 1874 — oben § 187 Anm. 9. — § 5. Andere Gesetze führt an die Entscheidung des O. Trib. Bd. 38 S. 160. Vgl. auch oben Bd. 1 § 31 Anm. 3.

1) L. R. II, 1 § 623.

2) L. R. II, 1 § 624.

3) L. R. II, 1 §§ 625. 626. 627.

4) So Witte Intestaterbrecht S. 86, Koch Erbrecht S. 980, wie auch O. Trib. Entsch. Bd. 73 S. 159. Die Frage ist übrigens nicht unbestritten.

Der überlebende Ehegatte erhält den gesammten Nachlaß des vorverstorbenden, wenn dieser keine Verwandten hinterläßt oder nur Verwandte, welche entfernter sind, als der 6. Grad.[5]

Alle diese Ansprüche des überlebenden Ehegatten geben Erbrecht.[5a]

2. Außer seinem Erbtheil erhält er in Uebereinstimmung mit dem Herkommen zahlreicher Landestheile ein Voraus — Präcipuum. — Dasselbe umfaßt das Bett- und Tischzeug, welches die Ehegatten im gewöhnlichen Gebrauch hatten, ferner Möbel und Hausrath, soweit diese Gegenstände nicht als Zubehör eines Grundstückes oder einer Gerechtigkeit anzusehen sind.[6] Hiernach fallen dem Ueberlebenden auch diejenigen Sachen zu, welche zur Annehmlichkeit und zum Schmuck des Wohnhauses dienten,[7] wie Pianoforte, Gemälde, Kupferstiche, nicht aber was besonderen Zwecken, etwa wissenschaftlichen, künstlerischen bestimmt war, z. B. eine Kupferstichsammlung.[8]

Dieses Voraus begründet nicht wie die Gerade und das Heergeräthe eine specielle Erbfolge, es ist auch nicht ein Theil des Erbtheils des überlebenden Ehegatten, vielmehr hat es die Natur eines durch das Gesetz vorgesehenen Vermächtnißanspruches. Daher steht der überlebende Ehegatte bezüglich des Voraus, wie ein Vermächtnißnehmer, den Erbschaftsgläubigern nach, wenn der übrige Nachlaß zu deren Befriedigung nicht hinreicht.[9] [10]

3. Das gesetzliche Erbtheil des überlebenden Ehegatten kann den gesetzlich festgestellten Betrag nicht überschreiten. Dennoch kann ein Anwachsungsrecht stattfinden. Wenn z. B. 4 Kinder des Erblassers vorhanden sind und eines seinem Erbtheil entsagt, erhält der überlebende Ehegatte $1/_4$ statt des ihm ursprünglich zufallenden $1/_5$.[11]

II. Bestand unter den Ehegatten allgemeine Gütergemeinschaft, so nimmt der Ueberlebende die Hälfte des Gesammtvermögens als

---

5) L. R. II, 1 §§ 627. 622, vgl. oben § 188 a. E.

5a) L. R. II, 1 § 623 ff.

6) L. R. II, 1 §§ 628. 629. Die älteren Observanzen sichern freilich dem überlebenden Ehegatten meist nur das Ehebett, einzelne auch in mehr oder minder großem Umfang Kleidung. Vgl. die bei von Scholtz-Hermensdorff a. a. O. Bd. 1 S. 103 abgedruckte Zusammenstellung der in der Kurmark dem überlebenden Ehegatten zukommenden Präcipua.

7) L. R. I, 2 § 14.

8) Entsch. des O. Trib. Bd. 75 S. 272 ff.

9) L. R. II, 1 § 630.

10) Andere Vortheile des Ueberlebenden bei der Auseinandersetzung der Vermögen sind keine erbrechtlichen, wurden daher schon oben im § 32 dargestellt.

11) Die Auffassung ist bestritten, Witte a. a. O. S. 88, Koch Erbrecht S. 981 nehmen ein Anwachsungsrecht an, Andere z. B. Bornemann Bd. 6 S. 223, Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 529, Eccius Bd. 4 § 262 Anm. 29 wollen dies nicht gelten lassen. Ueber die Ausführungen von Förster äußert Eccius a. a. O. Anm. 48: „Das verstehe ich entweder nicht oder es ist unrichtig.“ Eine praktische Verschiedenheit besteht aber nicht.

sein Eigenthum; hierin liegt keine Erbfolge, auch dann nicht, wenn das Vermögen ganz oder zum größeren Theil von Erstverstorbenen herkam. Den Nachlaß des verstorbenen Gatten bildet die auf diesen entfallende Hälfte des Gesammtvermögens.[12] Für die Erbrechte des überlebenden Ehegatten bezüglich dieser Hälfte gelten die unter I entwickelten Grundsätze zwar gleichfalls, jedoch mit folgenden Beschränkungen.

a) Hinterläßt der Verstorbene Descendenten, welche noch nicht abgefunden sind, so erhält der Ueberlebende keinen Erbtheil aus dessen Hälfte noch auch gesetzlichen Nießbrauch an derselben. Es kommen ihm aber die zu seinem eigenen persönlichen Gebrauch bestimmten Kleidungsstücke, Betten und Leibwäsche als Voraus zu, während den Kindern des Verstorbenen die zu dessen persönlichem Gebrauch bestimmt gewesenen Kleidungsstücke, Betten und Leibwäsche als Voraus zufallen.[13]

b) Sind keine unabgefundenen Kinder betheiligt, so erhält der überlebende Ehegatte dasselbe Voraus, wie bei unabgefundenen Kindern, und außerdem in Bezug auf den Nachlaß des Vorverstorbenen im Wesentlichen entsprechende Rechte wie bei getrennten Gütern.[14] Es wird ihm also auch zu Theil das dort festgestellte Voraus an Bett-, Tischzeug, Möbeln und Hausrath, ferner der Erbtheil, welchen er bei getrennten Gütern im Fall der Konkurrenz mit Verwandten erhielte,[15] endlich aber auch der lebenslängliche Nießbrauch der anderen Verwandten, als unabgefundenen Kindern zufallenden Theile der Nachlaßmasse.[16]

c) Sehr bestritten ist die Frage, wie sich das Erbrecht gestaltet, wenn die Ehegatten einen Descendenten im voraus vom gütergemeinschaftlichen Vermögen abgefunden haben.[17] Eine derartige Abfindung ist ein Erbentsagungsvertrag zwischen Eltern und Kindern, dessen Abschluß dadurch erleichtert ist, daß nur die Form des gewöhnlichen Erbvertrages zu beobachten ist und der Vertrag auch mit minderjährigen Gewaltuntergebenen, die durch einen Pfleger vertreten werden, unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes abgeschlossen werden kann.[18] Die Tragweite des bezüglichen Vertrages ergiebt

---

12) L. R. II, 1 §§ 637. 638, vgl. oben § 39 bei Anm. 4.

13) L. R. II, 1 §§ 639. 640. 641. Beschränkter sind die Ansprüche des Ueberlebenden nach ostpreußischem Provinzialrecht, Entsch. des O. Trib. Bd. 58 S. 278.

14) L. R. II, 1 § 643.

15) L. R. II, 1 § 642.

16) L. R. II, § 645. Vgl. über diesen Nießbrauch oben § 39 bei Anm. 9 ff. Ueber andere Vorrechte bei der Theilung siehe ebendort Buchst. d und e.

17) Vgl. hierüber namentlich Witte Intestaterbrecht S. 252 ff. und Bornemann Bd. 6 S. 234 ff., etwa auch Krantz bei Gruchot Bd. 3 S. 55.

18) L. R. II, 2 § 369. Die Abfindung der Kinder durch Eltern, welche in Gütergemeinschaft leben, unterliegt also besonderen erleichterten Formvorschriften; die Be-

sich natürlich in erster Linie aus der besonderen Absicht der Vertragschließenden, soweit dieselbe erkennbar gemacht ist, in zweiter nach Herkommen und Provinzialrecht, erst in letzter Linie tritt das Landrecht ein. Nach demselben ist anzunehmen, daß die Abfindung ausschließlich dem überlebenden Ehegatten zu Gute kommen soll, so daß derselbe Alles dasjenige erlangt, was auf das abgefundene Kind an sich gefallen wäre. Im Verhältniß der Geschwister unter sich hat die Abfindung dagegen in der Regel keine Bedeutung, insbesondere sind abgefundene und nicht abgefundene Descendenten bei späterer Beerbung des überlebenden Ehegatten betheiligt, vorbehaltlich natürlich der Verpflichtung zur Kollation.[19] [20]

d) Eine höchst eigenthümliche Gestalt hat das Erbrecht der Ehegatten in dem wichtigsten der preußischen Provinzialrechte, demjenigen der Mark Brandenburg, gewonnen. Nach althergebrachtem Märkischen Recht tritt nämlich beim Tode eines der Ehegatten Halbtheilung des gesammten, den beiden Ehegatten gehörenden Vermögens ein, ähnlich wie wenn eine Gütergemeinschaft bestanden hätte,[21] obgleich eine solche unter

---

stimmung von L. R. II, 2 § 484 — oben § 180 Anm. 13 — ist hier nicht anwendbar; doch wird dies von Vielen bestritten. Daß die Abfindung nach Landrecht nicht willkürlich Seitens der Eltern gegen den Willen der Kinder zulässig ist, ist selbstverständlich. Bornemann Bd. 6 S. 237 gegen Schmidt Familienrecht S. 316.

19) Die Bestimmungen des Landrechts widersprechen sich. L. R. II, 2 §§ 372. 373 und 374 bestimmen: „In der Regel wird angenommen, daß die Abfindung nur zu Gunsten des überlebenden Ehegatten geschehen sei; stirbt also eins von den abfindenden Eltern, so kann das abgefundene Kind an den Nachlaß desselben gar keinen Anspruch machen. Vielmehr bleibt dasjenige, was ihm etwa noch von diesem Nachlasse nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zukommen würde, dem Ueberlebenden der Eltern." Dagegen findet sich L. R. II, 1 § 644 der Ausspruch: „Abgefundene Kinder haben bei dieser Erbfolgeordnung in Beziehung auf den überlebenden Ehegatten nur mit Seitenverwandten des ersten Grades gleiche Rechte." Bornemann a. a. O. hat in lichtvoller Weise aus den Materialien nachgewiesen, daß die Redaktoren ursprünglich eine andere Auffassung von der Abfindung der Descendenten zu Grunde legten, als später in L. R. II, 2 § 372 zur Geltung kam, da sie dieselbe als im Interesse der Geschwister geleistet ansehen wollten, und daß hiernach L. R. II, 1 § 644 nur einen Rest der früheren, schließlich aufgegebenen Ansicht bildet. Demzufolge ist L. R. II, 2 § 372 allein maßgebend. Die dort entwickelten Grundsätze entsprechen allein der Natur des Verhältnisses, und sind auch um deswillen vorzuziehen. Auf die zahlreichen gekünstelten und nicht überzeugenden Vereinigungsversuche weiter einzugehen, erachten wir demnach für überflüssig. Eine Unterstützung kann die hier vertheidigte Auffassung auch daraus entnehmen, daß das Gesetz, betreffend das eheliche Güterrecht in Westphalen vom 16. April 1860 § 7, zwar die landrechtlichen Erbfolgebestimmungen unter Beseitigung der entgegenstehenden bisherigen lokalen und provinziellen Normen aufgenommen hat, daneben aber bestimmt: „Bei Beurtheilung des Erbrechts der abgefundenen Kinder bleibt die Vorschrift des § 644 Th. II, Tit. 1 des Allgemeinen Landrechts außer Anwendung."

20) Inwieweit das Recht des Ehegatten Pflichttheilsnatur hat, wird unten § 210 erörtert.

21) Joachimica — oben § 92 Buchst. a — Tit. 1 § 1. „Welches von Eheleuten des anderen Todt erlebt, behält nach alter Gewohnheit das halbe Guth an liegenden Gründen und fahrender Habe." Vgl. Heydemann die Elemente, S. 105. 285 ff. Die

Lebenden nicht angenommen wird.[22] Die romanistisch gebildete Jurisprudenz und die Gesetzgebung haben diesen Anspruch zu einem erbrechtlichen auf die Hälfte des Nachlasses ausgebildet, so daß der überlebende Ehegatte, wenn er Erbe ohne Vorbehalt wird, für die Schulden des Nachlasses zur Hälfte, auch über dessen Kräfte einsteht.[23] Der überlebende Ehegatte kann dies Erbrecht nur unter der Voraussetzung geltend machen, daß er bereit ist, sein eigenes Vermögen einzuwerfen und mit zur Theilung zu bringen.[24]

§ 192. Erbrecht unehelicher Kinder.[1]

I. Das justinianische Recht gewährte den Konkubinenkindern $1/_6$ des Nachlasses ihres natürlichen Vaters, falls derselbe weder eine Ehefrau noch legitime Kinder hinterließ.[2] Hierin lag Erbrecht, nicht, wie Einige vermeinen, ein gesetzliches Vermächtniß oder eine bloße gesetzliche Forderung gegen den Nachlaß.[3] Die Frage, ob dieser Erbanspruch der Konkubinenkinder im gemeinen Recht durch Gewohnheit auf uneheliche Kinder schlechthin übertragen wurde, ist bestritten.[4] Die Antwort wird in den verschiedenen Gebieten Deutschlands wohl verschieden ausfallen müssen. In der Mark Brandenburg geschah eine solche Uebertragung.[5]

II. Auch das Landrecht hat ein entsprechendes Erbrecht der unehelichen Kinder anerkannt.

Kolonisten, welche zum großen Theil aus Westphalen und dem Niederrhein in die Mark übersiedelten, brachten das Recht der Halbtheilung des Nachlasses des vorverstorbenen Ehegatten mit und gaben dasselbe nicht auf, obgleich ihnen in anderer Beziehung Magdeburgisches Recht zu Theil wurde, Korn Güterrecht S. 6.

22) Die von Manchen als Recht der Mark angenommene Gütergemeinschaft wurde ausdrücklich für die Zeit des Lebens der Ehegatten verworfen in dem Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 Abth. II § 8 Al. 3, n. c. c. Bd. III S. 715.

23) v. Scholtz-Hermensdorff Kurmärkisches Provinzialrecht Bd. 2 S. 83.

24) Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 Abth. II § 4. Weiteres über den Erwerb des beneficium inventarii und die Kollation siehe unten beim Erwerb der Erbschaft, insbesondere § 224 a. E.

1) L. R. II, 2 § 647 ff.

2) nov. 18 cap. 5, nov. 89 cap. 12 § 4.

3) Die Novellen bestimmen: tunc enim damus illis, ut ab intestato in duas uncias vocentur, Puchta Pandekten § 455, Windscheid Bd. 3 § 574 Anm. 12.

4) Das Obertribunal hat sich für das Herzogthum Westphalen gegen die Uebertragung des Erbrechts der römischen Konkubinenkinder auf anerkannte Uneheliche erklärt, im Anschluß an die Erkenntnisse der Vorinstanzen, Entsch. Bd. 63 S. 255. Vgl. R. G. Bd. 12 S. 227; siehe aber Dernburg Pand. Bd. 3 § 137 Anm. 7.

5) Für die Geltung im Märkischen Recht Landes-Ordnung Johann Georgs von 1594 p. III Titel XII bei Mylius c. c. M. VI Abtheilung III S. 106, Hymmen Beiträge Bd. 2 S. 100 und Behmer jus contr. obs. 32. Die außereheliche Vaterschaft muß natürlich festgestellt sein. Hierfür ist auch in der Mark das Gesetz vom 24. April 1854 § 19 maßgebend.

1. Dies Recht ist davon abhängig, daß der uneheliche Erzeuger keine ehelichen Kinder oder Nachkommen derselben, noch auch Adoptivkinder als Erben hinterließ.[6] Auch muß das Verhältniß der unehelichen Vaterschaft nach Maßgabe des Gesetzes anerkannt sein. Nach dem Gesetz vom 24. April 1854 ist erfordert, daß das Anerkenntniß vom Erblasser ausdrücklich in einer öffentlichen Urkunde abgegeben wurde,[7] oder daß derselbe in einem bei seinen Lebzeiten ergangenen, wenn auch erst nach seinem Tode rechtskräftig gewordenen Erkenntniß als Vater erachtet ist, oder daß bei seinen Lebzeiten die Anerkennung der Vaterschaft von einem der Mutter des Kindes oder dessen Vertreter auferlegten Eide abhängig gemacht und dieser später ausgeschworen wurde.[8]

2. Der Anspruch des unehelichen Kindes geht auf $^1/_6$ des Nachlasses.[9] Mehrere uneheliche Kinder theilen sich in dasselbe nach Köpfen, ohne Rücksicht darauf, ob sie von derselben Mutter oder von verschiedenen Müttern herstammen. Sind die unehelichen Kinder vor dem unehelichen Vater verstorben, so geht ihr Anspruch auf ihre Nachkommen nicht über. Erben außereheliche Kinder neben einer Wittwe des Erblassers, mit welcher derselbe in Gütergemeinschaft lebte, so erstreckt sich deren Nießbrauch nach richtiger Ansicht nicht auf das Erbtheil des unehelichen Kindes desselben.[10] Bestritten ist auch nach preußischem Recht, ob der Anspruch der unehelichen Kinder als wahres Erbrecht oder nur als eine Forderung an den Nachlaß aufzufassen sei. Das erstere ist aber als das Richtige anzusehen.[11]

---

6) L. R. II, 2 §§ 651, 652. Gesetz vom 24. April 1854 Abs. 1. Dem Anspruch der unehelichen Kinder steht somit, abweichend vom römischen Rechte das Vorhandensein einer Ehefrau des Erblassers nicht entgegen. Ueber Adoptivkinder vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 708.

7) Gesetz vom 24. April 1854 § 13 Ziff. 2. Das L. R. II, 2 § 654 verlangte nur freiwilliges Anerkenntniß des natürlichen Vaters. Es genügten daher, wenn auch nicht unbestrittenermaßen, schlüssige Handlungen, Präjudiz des O. Trib. 149.

8) Gesetz vom 24. April 1854 § 19. — L. R. II, 2 § 654 hatte ein rechtskräftiges Urtheil verlangt, „wodurch den Kindern noch bei Lebzeiten des Vaters ein dergleichen Erbrecht vorbehalten wurde." Es forderte hiernach Plenarbeschluß vom 2. April 1849 Präjudiz 2111 ausdrücklichen Vorbehalt des gesetzlichen Erbrechts im Urtheil auf Grund bezüglichen Antrages des Kindes, so daß man die richterliche Anerkennung der Vaterschaft und Verurtheilung zur Alimentation allein nicht für genügend ansah. Dies ist durch das Gesetz vom 24. April 1854 § 19 beseitigt.

9) L. R. II, 2 § 652.

10) Dies vertheidigt mit guten Gründen B. Hilse bei Gruchot Beiträge Bd. 10 S. 420 ff. Es ist nicht als im Sinne des Landrechts liegend anzusehen, daß dies außerordentliche Erbrecht, da es die Alimente ersetzt, von dem Nießbrauch der Wittwe nach L. R. II, 1 § 645 — oben § 191 Anm. 16 — getroffen werde.

11) Striethorst Archiv Bd. 80 S. 261 Das den Unehelichen zugewiesene Sechstel wird in L. R. II, 2 § 653 ausdrücklich als „Erbtheil" und im § 654 als „Erbrecht" bezeichnet. Auch die im § 652 in Bezug genommenen §§ 581 bis 583 desselben Titels

3. Das uneheliche Kind kann nicht zu gleicher Zeit gesetzliche oder versprochene Alimente und $^1/_6$ des Nachlasses in Anspruch nehmen, vielmehr steht ihm nur zu, diese Alimente oder den sechsten Theil des Nachlasses zu wählen.[12] [13]

4. Pflichttheilsrecht gegenüber dem Erzeuger hat das uneheliche Kind nicht.[14]

III. Den Kindern aus Ehen zur linken Hand wurde vom Landrecht ein günstigeres gesetzliches Erbrecht als den Unehelichen zugestanden.[15] Derzeit aber haben die bezüglichen Bestimmungen höchst selten noch Bedeutung.

§ 193. Erbrecht der Verpfleger.

I. Nach justinianischem Recht sollte, wer verlassene Wahnsinnige bis zu deren Tode verpflegte, an die Stelle der Erben derselben treten, welche zur Fürsorge aufgefordert dieselbe nicht leisteten und deshalb als unwürdig galten.[1] Dies wurde im preußischen Recht zu einem Erbrecht der Verpfleger

---

reden von „Erbportion" und „Erbfolge". Dazu kommt, daß man nach dem Zeugniß des Obertribunals a. a. O. in der Mark den sechsten Pfennig der Unehelichen stets als Erbtheil auffaßte. Das besagte Erkenntniß leitet aus dem Allen her, daß die Vorschrift von L. R. I, 20 § 584, wonach das Vorkaufsrecht nicht stattfindet, wenn der Besitzer das dem Vorkauf Unterworfene seinen nächsten gesetzlichen Erben noch unter Lebendigen käuflich überläßt, auf die unehelichen Kinder des Erblassers Anwendung habe. So auch Koch zu § 651 des Titels. Dagegen haben Bornemann Bd. 6 § 413 und Witte Intestaterbrecht S. 149 das Recht des unehelichen Kindes für einen Anspruch auf Abfindung erklärt, wobei man sich namentlich darauf stützt, daß das uneheliche Kind nur ein Wahlrecht zwischen Alimenten und dem sechsten Theil des Nachlasses habe, — unten Anm. 12 — womit erkennbar gemacht sei, daß der Gesetzgeber die Ansprüche für gleichartige erachte. Es ist dies jedoch keineswegs eine nothwendige Folgerung, da der wirthschaftliche Zweck ein gleichartiger, die juristische Gestaltung trotzdem eine verschiedene sein kann.

12) So bestimmt Anhang § 97 zu L. R. II, 2 § 652. Zu Grunde liegt eine Entscheidung der Gesetzeskommission vom 14. März 1794, welche aber nur dem besonderen Fall gelten sollte, und erst durch Aufnahme in den Anhang Gesetz wurde. Die juristische Behandlung der Sache ist streitig. Nach der einen Ansicht verliert das uneheliche Kind seinen Anspruch auf Alimente, wenn es oder sein Vormund nicht innerhalb der Ueberlegungsfrist der Erbschaft des Erzeugers entsagt hat, da es hiermit endgültig von Rechtswegen Erbe geworden sei. Das Obertribunal hat Striethorst Archiv Bd. 94 S. 306 diese Ansicht verworfen, ohne zu erklären, wie sich das Verhältniß gestaltet. In der That ist das Erbrecht des Unehelichen in Folge des Anhanges § 97 ein bedingtes geworden, also abhängig von der Bedingung, daß sich das uneheliche Kind hierfür und nicht für die Alimente entscheide. So lange es die Geltendmachung des Erbrechts nicht erwählt, sind daher die ordentlichen Intestaterben die alleinigen Erben.

13) Hat das Kind während Lebzeiten des Erblassers Alimente bezogen, so beeinträchtigt dies seine Erbansprüche nicht. Ebensowenig werden diese dadurch gefährdet, daß derjenige, welcher das Kind ernährt hat, rückständige Alimente aus der Erbschaft forderte. — Vgl. noch R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 1010.

14) L. R. II, 2 § 655.

15) L. R. II, 2 § 579 ff. Vgl. oben § 3 Ziff. 2 und 4.

1) nov. 115 cap. 3 § 12.

hülfloser verlassener Menschen verallgemeinert.[2] Voraussetzung ist, daß die gesetzlichen Erben des Hülflosen dessen Pflege, obgleich sie die Mittel zu derselben hatten und zu ihr aufgefordert waren, vernachlässigten.[3] Mündliche Aufforderung genügt,[4] desgleichen die Aufforderung eines Dritten. Der Verpfleger tritt nur an die Stelle derjenigen Erben, denen die Aufforderung zukam und ihr schuldhafterweise kein Genüge leisteten.[5] Ein weiteres Erforderniß ist, daß er dem Hülflosen vollständige Verpflegung gewährt hat. Bloße Almosen und Unterstützungen geben kein Erbrecht.[6] Mehrere Verpfleger beerben den Verpflegten nach Verhältniß ihrer Beiträge.[7]

Verwandte, die ihres Erbrechtes, z. B. wegen Mittellosigkeit, nicht verlustig gingen und Erben des Verpflegten wurden, sind den Verpflegern zum Ersatz ihrer Auslagen, als einer Nachlaßschuld verpflichtet.[8]

II. In gewisse Beziehung zum Erbrecht der Verpfleger trat dasjenige der öffentlichen Armenanstalten.[9] Dasselbe hat aber einen selbständigen Ursprung in der älteren deutschrechtlichen Auffassung, wonach derjenige, in dessen Gewere der Erblasser verstorben war, ein Erbrecht auf dessen Nachlaß hatte.[10] Nach örtlichem Herkommen oder Privilegium tritt dieses Erbrecht nicht selten in erster Linie ein,[11] im gemeinen Recht wird es aber nur im Fall des erblosen Nachlasses anerkannt.[12] Gemäß älteren preußischen Verordnungen

---

2) L. R. II, 3 § 23 ff., II, 2 § 762.

3) Obgleich L. R. II, 3 § 23 ff. sich an die Frage der Alimentation der Seitenverwandten anschließen, so sind die Bestimmungen auch anwendbar, wenn Eltern oder Kinder ihrer Verbindlichkeit zur Alimentation nach Aufforderung nicht nachkamen. Auf Testaments= und Vertragserben bezieht sich die Bestimmung aber nicht, während die nov. 115 a. a. O. auch testamentarische Erben mitbetroffen hatte. Vgl. übrigens L. R. II, 19 § 52, § 54.

4) Es ist nur wesentlich — L. R. II, 3 § 24 — daß die Aufforderung eine ausdrückliche war; eine Form derselben ist nicht vorgeschrieben, ebensowenig daß sie vom Verpfleger ausgehen muß vgl. angef. L. R. II, 3 § 24, II, 2 § 762, II, 19 § 54.

5) Das Erbrecht des Verpflegers ist davon abhängig, daß der Aufgeforderte den Erblasser überlebt.

6) L. R. II, 3 § 27.

7) L. R. II, 3 § 26.

8) Es ist also der in L. R. II, 3 § 30 ausgesprochene Grundsatz sehr zu verallgemeinern. L. R. I, 13 § 280 — oben Bd. 2 § 288 Anm. 15 — ist unseres Erachtens auf die vorliegenden Fälle nicht anwendbar, da die Absicht der Freigebigkeit hier weder erklärt, noch zu vermuthen ist.

9) L. R. II, 19 § 50 ff. Witte Intestaterbrecht S. 153, Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 391 ff.

10) Witte Intestaterbrecht S. 153.

11) Gruchot a. a. O. führt an: Hamburger Stadtrecht von 1603 Thl. III Tit. 3 Art. 17, wo sich eine derartige Bestimmung findet.

12) Hofacker princ. jur. civ. tom. II § 1429. Dagegen Voet comm. ad Pand. 38 17 n. 32.

sollte es öffentlichen Korporationen gegen alle regelmäßigen Almosenempfänger zustehen, mochten sie in Anstalten untergebracht sein oder nicht, und zwar in erster Reihe, so daß daneben nur den Descendenten ein Recht auf die Hälfte des Nachlasses zustand.[13] Hierauf beruht noch jetzt das Erbrecht der Stadtgemeinde Berlin gegenüber denjenigen ihrer Armen, welche eine fortlaufende Unterstützung erhalten.[14]

Das Landrecht seinerseits gewährt ein Erbrecht nur auf den Nachlaß von Personen, die in öffentlichen Anstalten unentgeltlich verpflegt werden und in dieser Verpflegung versterben.[15] Dasselbe erstreckt sich außerdem auf im Waisenhaus erzogene Kinder, welche die Anstalt behufs ihrer Berufsfortbildung verließen, wenn sie vor dem 24. Jahre verstarben, bezüglich dessen, was sie bei ihrem Austritt aus dem Hause besaßen.[16] Voraussetzung des Erbrechts ist die Unentgeltlichkeit der gesammten Verpflegung; dieselbe wird jedoch nicht durch einzelne Zuschüsse behufs Aufbesserung der Verpflegung aufgehoben.[17] Auch die Erlegung eines Eintrittsgeldes, welches mit den Kosten der Verpflegung in keinem Verhältniß steht, schließt dies Erbrecht nicht aus.[18]

---

13) Schon die Interimsarmenordnung von 1703 für die Residenzstadt Berlin u. s. f. bestimmte unter Nr. 10, es sei bei Aufnahme in die Zahl der Armen diesen mitzutheilen, daß ihr Nachlaß nach ihrem Tode an die Armenkasse fallen werde, weil unbillig sei, daß die Verwandten den Gewinn und das Erbe nach dem Tode haben sollen, wenn sie sich nicht auch der Unterhaltung und Last ihrer Verwandten annehmen wollen; wenn jedoch arme Eltern arme Kinder hinterließen, sollte das Erbe mit ihnen getheilt werden, c. c. M. I, 2 p. 134. Dies wurde durch die Generalverordnung vom 27. Januar 1716 für die ganze Monarchie in Kraft gesetzt, so daß abgesehen von der Theilung mit Descendenten der Nachlaß derer, welche von einem pium corpus Almosen empfingen, an dieses fallen und keine testamentaria noch andere dispositio dagegen statt haben sollte. c. c. M. I, 2 p. 198. Diese Verordnung wurde mehrfach später erneuert und eingeschärft.

14) Verordnung vom 2. Juli 1801 nov. c. c. vol. XI S. 317. Entsch. des O. Trib. Bd. 24 S. 292.

15) L. R. II, 19 § 50. Ueber die Testirfähigkeit solcher Pfleglinge vgl. oben § 104 Anm. 2 a. E. Krankenhäuser, in welchen der Erblasser keine dauernde Verpflegung finden sollte, haben dies Erbrecht nicht, wenn auch der Aufgenommene in ihnen verstarb, vgl. L. R. II, 19 § 74. Durch die Kabinetsordre vom 8. Januar 1844 — betr. die Aufhebung des Erbrechts derjenigen Zuchthäuser und Korrektionsanstalten auf den Nachlaß der in denselben verstorbenen Sträflinge oder Korrigenden, welche für Rechnung der Staatskasse verwaltet und unterhalten werden, — wurde das bisher provinzialrechtlich oder nach Reglements bestehende Erbrecht solcher Anstalten aufgehoben.

16) L. R. II, 19 § 56 ff. Obgleich das 24. Jahr zweifelsohne mit Rücksicht auf den landrechtlichen Großjährigkeitstermin gewählt wurde, so ist die Bestimmung doch selbständig getroffen und erlitt daher durch die anderweite Regelung des Großjährigkeitstermins keine Aenderung. A. Ans. Eccius Bd. 4 § 263 Anm. 8. Das Erbrecht des Waisenhauses fällt im Fall der Verheirathung einer früher dort aufgenommenen Frauensperson schlechthin weg, L. R. II, 19 § 58.

17) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 72 S. 338 ff.

18) L. R. II, 19 § 70.

Gesetzliche Bedingung ist ferner, daß das der Anstalt zustehende Erbrecht dem Aufzunehmenden bei seiner Aufnahme bekannt gemacht und, daß dies geschehen, in einem von ihm mitzuunterzeichnenden Protokoll vermerkt wurde.[19] Ist der Aufzunehmende verfügungsunfähig, so muß die Mittheilung den nächsten gesetzlichen Erben und dem Vormund geschehen.[20] Jene Erben können durch Gewährung gleich guter Verpflegung ihr Erbrecht erhalten. Dem Fiskus gegenüber haben milde Stiftungen in das Vermögen der Aufgenommenen ein Vorzugsrecht, auch wenn dem Verstorbenen oder seinen Verwandten jene vorgeschriebene Bedeutung nicht geschah.[21]

Descendenten und der Ehefrau des Erblassers verbleibt ihr Pflichttheil,[22] sie machen sich aber dieses und selbst eines vertragsmäßigen Anspruches dadurch verlustig, daß sie bei hinlänglichem Vermögen ihren hilflosen Eltern oder ihrem Ehegatten die gesuchte Unterstützung verweigerten.[23] Das Erbrecht der Armenanstalten kann ihnen durch Verfügung auf den Todesfall weder entzogen noch geschmälert werden.[24] Es sind also nicht bloß Anordnungen von Todeswegen ungültig, welche der Aufgenommene nach der Aufnahme getroffen hat; vielmehr werden auch vorhergehende letztwillige Verordnungen aufgehoben, sofern der Aufgenommene zur Zeit seines Eintrittes die Befugniß zu ihrem Widerruf hatte. Aeltere Erbverträge und durch Antritt der Erbschaft aus einem korrespektiven Testamente unwiderruflich gewordene Verfügungen desselben bleiben also unberührt.[25]

Die Armenanstalt kann in Fällen, in welchen ihr ein gesetzliches Erbrecht nicht zusteht, ihre baaren Auslagen und ein Kostgeld wegen des Unterhaltes beanspruchen, während sie für Wohnung, Wartung und Pflege nichts berechnen darf.[26] Der Erbe, welcher den Nachlaß des Verpflegten ohne die Rechtswohlthat des Inventars erwarb, ist für diese Schulden auch mit dem eigenen Vermögen verhaftet.[27] Die Verpflegungsanstalt kann hingegen, falls ihr das

---

19) L. R. II, 19 § 60.

20) Die nach L. R. II, 19 § 61 nothwendige obervormundschaftliche Genehmigung ist nach der Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 nicht mehr erfordert.

21) L. R. II, 16 § 22.

22) L. R. II, 19 § 52 spricht nur von „ehelichen" Nachkommen, analoges Recht ist aber „unehelichen" in den Nachlaß ihrer Mutter zuzugestehen. In der Mark Brandenburg erhält die Ehefrau den Anspruch auf die Hälfte des Gesammtvermögens, vgl. oben § 191 Buchst. d und § 190 im Text bei Anm. 5 b.

23) L. R. II, 19 § 54.

24) L. R. II, 19 § 75.

25) Striethorst Archiv Bd. 40 S. 345 ff.

26) L. R. II, 19 §§ 65, 66.

27) Entsch. des O. Trib. Bd. 11 S. 411. Striethorst Archiv Bd. 64 S. 94. Auch hier — vgl. oben Anm. 8 — ist L. R. I, 13 § 280 nicht anwendbar, da die öffentlichen Armenanstalten keineswegs eine Freigebigkeit gegen den Aufgenommenen beabsichtigen. Dagegen freilich Entsch. des O. Trib. Bd. 45 S. 413, Striethorst Archiv Bd. 38 S. 322.

gesetzliche Erbrecht zukommt, nicht anstatt desselben eine Forderung wegen der Verpflegung gegenüber den gesetzlichen Erben des Verpflegten geltend machen.[28]

§ 194. Erbrecht des Fiskus, der Stadtgemeinden.[1]

I. Nach deutscher Rechtsanschauung verfiel der erblose Nachlaß dem Gerichtsherrn,[2] der Nachlaß unehelich Geborener und der fremden Leute jedoch, die im Mundium des Kaisers oder der Landesherren standen, gebührte deren Fiskus.[3] Hierauf beruht das, noch jetzt in Kraft stehende im Jahre 1508 mit den Städten Berlin und Cöln vom Kurfürsten Joachim I. getroffene Abkommen,[4] wonach den Städten der erblose Nachlaß der Bürger, dem Kurfürsten aber der Nachlaß von unechten und fremden Leuten zufallen sollte.[5]

II. Das gemeine deutsche Recht übernahm den römisch rechtlichen Anspruch des Staatsfiskus auf erblose Verlassenschaften.[6] Dasselbe wurde auch preußisches Recht.[7] Andere, welche ein Recht auf erblose Verlassenschaften beanspruchen, müssen daher den rechtsgültigen Erwerb vom Staate nachweisen.[8] Gemäß einem römischen Satze besteht jedoch die besondere Bestimmung, daß im Fall einer Zutheilung derselben Sache oder eines Rechtes Seitens des Landesherrn an Mehrere, die in Gemeinschaft geblieben sind, der erblose Antheil des Einen nach dessen Abgang dem Andern zuwächst.[9]

---

28) Präjudiz des Obertribunals 1638.

1) L. R. II, 16 § 16 ff., Witte Intestaterbrecht § 48. Ueber römisches Recht Tit. Cod. de bonis vacantibus 10, 10, Blume Recht des Fiskus an erblosen Gütern, rheinisches Museum Bd. 4 S. 212 ff., Schröter in Lindes Zeitschrift Bd. 10 n. 3. Ueber deutsches Recht vgl. Heydemann Elemente S. 245 u. 363.

2) Der Sachsenspiegel I, Art. 28 bestimmt, daß erbloser Nachlaß dem Richter nach dem Dreißigsten auszuantworten ist; nachdem er ihn Jahr und Tag verwahrt hat, ohne daß sich der rechte Erbe meldete, ist er verfallen. Vgl. Heydemann a. a. O. S. 246 über die Anwendung dieser Bestimmungen in der Mark Brandenburg.

3) Uneheliche hatten ursprünglich keine Erben, nur nach und nach erhielten Descendenten, sowie die Mutter den Vorzug vor dem Fiskus. Vgl. Heydemann a. a. O. S. 364. Siehe auch oben § 68 Anm. 2 und 3.

4) Heydemann a. a. O. S. 250. Dort sind ähnliche Urkunden zu Gunsten anderer märkischer Städte, z. B. Frankfurt, abgedruckt. Vgl. ferner Holtze „Exkurs" über das „Okkupationsrecht der Stadt Berlin" in den Schriften des Vereins für die Geschichte Berlins Jahrg. 1892 S. 58 und Holtze bei Gruchot Bd. 37 S. 323.

5) Zu den „Fremden" rechnet die Praxis in der fraglichen Beziehung „Adelige und Juden" zu den unechten Leuten „unehelich Geborene" Holtze bei Gruchot a. a. O.

6) l. 4 C. de bonis vacantibus 10, 10. Dieser Anspruch bestand seit Augustus. Die Vorrechte der curia, cohors und gewisser Korporationen, Tit. Cod. de hereditatibus decurionum naviculariorum, cohortalium, militum et fabricensium 6, 62 haben für das heutige Recht keine Bedeutung.

7) L. R. II, 16 § 16.

8) L. R. II, 16 § 20.

9) L. R. II, 16 § 23. l. un. C. si liberalitatis imperialis socius sine herede decesserit, 10, 14. Man streitet gemeinrechtlich, ob der socius Erbe oder gesetzlicher Vermächtnißnehmer sei.

1. Das Recht des Fiskus auf erblose Verlassenschaften kann den gesammten Nachlaß oder auch eine Quote desselben betreffen.[10] Die Feststellung der Erblosigkeit geschieht durch ein öffentliches Aufgebot, welches auf Antrag des Nachlaßpflegers erlassen wird.[11] [12]

2. Ob der Fiskus, welchem die Erbschaft anfällt, an Erbesstatt stehe oder ob er s. g. privilegirter Okkupant sei, ist gemeinrechtlich bestritten.[13] Dem älteren deutschen Recht entspricht die letztere Auffassung, unter dem Einfluß der römischen Anschauungen aber hat sich das Recht des Fiskus zur Erbfolge gestaltet. Eine solche steht ihm auch nach preußischem Recht zu, welches ihm alle Rechte und Pflichten des Erben zuschreibt.[14] Der Fiskus muß daher innerhalb der Ueberlegungsfrist in gehöriger Form der Erbschaft entsagen, wenn er nicht Erbe sein will;[15] er wird den Nachlaßgläubigern auch über die Kräfte

---

10) Dies ist unter Anderm denkbar, wenn der Erblasser einen Testamentserben auf eine Quote berufen hat und das Akkrescenzrecht ausschloß, Intestaterben aber nicht vorhanden sind. Praktisch wird Derartiges freilich nicht leicht vorkommen. Es erstreckt sich ferner das gesetzliche Erbrecht des überlebenden Ehegatten in der Mark nach der Joachimica nur auf die Hälfte des Nachlasses des Vorverstorbenen, — oben § 191 Buchst. d — so daß neben demselben dem Fiskus die andere Hälfte verbleibt, vgl. Scholtz von Hermensdorff Kurmärkisches Provinzialrecht Bd. 2 S. 83.

11) L. R. II, 16 § 24, vgl. auch oben Bd. 1 § 44. L. R. I, 9 § 471 ff., besonders §§ 480, 481. Ein derartiges Verfahren wird natürlich nur in das Werk gesetzt, wenn mindestens soviel Mittel vorhanden sind, als zur Deckung seiner Kosten erfordert werden. Wird dies Verfahren nicht in Gang gebracht oder entsagt der Fiskus dem Nachlaß, so tritt das gewöhnliche Okkupationsrecht herrenloser Sachen ein, wenn nicht Konkurs eröffnet wird, vgl. R. K. O. § 205, unten § 216 Anm. 16.

12) Meldet sich Jemand als Erbe im Aufgebotsverfahren, so kann es sein, daß er seine Legitimation dem Nachlaßrichter unmittelbar, oder doch in einem mit dem Nachlaßpfleger geführten Prozeß erbringt, unten § 216 Anm. 18 ff. In beiden Fällen ist ihm der Nachlaß auszuhändigen, und wenn er als gesetzlicher Erbe erscheint, die Erbbescheinigung zu ertheilen unbeschadet der Rechte, die der wirkliche Erbe hat und mit der Erbschaftsklage erstreiten kann. Meldet sich Jemand als Erbe im Aufgebotsverfahren, ohne solcher Gestalt seine Legitimation zu erbringen, so bleibt der Nachlaß zunächst in der Verwaltung des Nachlaßpflegers. Es steht aber dem Fiskus frei, gegenüber dem angeblichen Erben, dessen Rechte im Ausschlußurtheil vorbehalten sind, eine Erbschaftsklage zu erheben, welche auf Ausschließung des Beklagten mit seinen angeblichen Erbansprüchen und auf Anerkennung des fiskalischen Erbrechts geht. Dieser Klage gegenüber hat nach den allgemeinen Grundsätzen der Beweislast der Beklagte die Thatsachen darzuthun, die sein Erbrecht begründen; vgl. R. G. Bd. 8 S. 243.

13) Dieser Streit wird selbst unter den Romanisten geführt, vgl. Vangerow Pand. Bd. 2 § 564.

14) L. R. II, 16 § 25. Entsch. des O. Trib. Bd. 7 S. 155, R. G. Bd. 8 S. 249.

15) Anhang § 9 zu L. R. I, 9 § 410 bestimmt: es bedarf gar keiner Erklärung des Fisci über die Antretung oder Entsagung der Erbschaft. Der Anhang ist entnommen dem Reskript vom 20. Oktober 1794, n. c. c. Bd. 9 S. 90 n. 2427. Die Bestimmung erklärt sich daraus, daß nach dem Erbschaftsedikt von 1765 Abth. 1 § 16 — n. c. c. p. III, S. 702 — der Fiskus, wenn per sententiam die Erbschaft pro vacante deklarirt wird, binnen 14 Tagen a die judicati schuldig sein sollte, seine Deklaration über Antritt oder Entsagung der Erbschaft einzubringen. Im Anhange § 9 soll nur hervorgehoben werden, daß an Stelle dessen nach Landrecht der Fiskus in der fraglichen Beziehung unter dem gemeinen Recht des L. R. steht. Das Entsagungsrecht des Fiskus erkennt an Präjudiz des O. Trib. 1025.

des Nachlasses hinaus verhaftet, wenn, was nicht leicht vorkommen wird, die Errichtung eines gehörigen Inventars unterblieb. Es liegen ihm die Vermächtnisse ob, welche den weggefallenen Erben aufgelegt waren, wie diejenigen, mit denen er selbst belastet ist.[16] Meldet sich der wahre Erbe nach der im Aufgebotverfahren ergangenen Ausschließung, aber innerhalb der Verjährungszeit, so hat er die Rechte eines zurückkehrenden Verschollenen.[17]

3. Besaß der Verstorbene Vermögen an verschiedenen Orten, so gebührt nach Landrecht dem Fiskus jedes Ortes das zur Zeit des Todes des Erblassers in seinem Bezirk befindliche bewegliche und unbewegliche Vermögen des Erblassers. Kapitalien aber fallen an den Fiskus des letzten Wohnsitzes des Erblassers.[18] Schulden sind, sofern sie eine besondere Beziehung zu einem Vermögensstück haben von dessen Erwerber zu tragen, sonst nach Verhältniß des Werthes des Antheils der verschiedenen Berechtigten von allen Betheiligten.[19] Die Vertheilung des Nachlasses je nach dem Gebiete, unter dem seine Bestandtheile belegen sind, ist ein Nachklang der älteren Auffassung, wonach der Anspruch des Fiskus ein Okkupationsrecht bildete.[20]

---

16) Vgl. L. R. II, 16 § 26. Es ist dies nach preußischem Recht selbstverständlich, nach römischem Recht lag in dem entsprechenden Satz eine Sonderbestimmung.

17) L. R. II, 16 § 27, vgl. oben Bd. 1 § 44 Ziff. 3. Die hier erwähnte Verjährung beginnt erst mit der nach dem Ausschließungsurtheil erfolgenden Uebergabe des Nachlasses an den Fiskus. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 59 S. 233.

18) L. R. II, 16 §§ 28, 29; vgl. oben Bd. 1 § 27 Anm. 9.

19) Bezüglich der Schulden ist im Landrecht nichts bestimmt. Viele Schriftsteller nehmen an, daß die Schulden schlechthin nach Verhältniß des Betrages der Güter zu vertheilen seien, Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 399 und dort Angef.; Eccius Bd. 4 § 264 Anm. 16. Die im Text angenommene Beschränkung entspricht den auch sonst bei Zerfällung eines Vermögens in mehrere Sondervermögen geltenden Grundsätzen.

20) Ueber die Ansichten älterer gemeinrechtlicher Schriftsteller vgl. Glück Intestaterbrecht § 149.

Fünfter Abschnitt.

Das Pflichttheilsrecht.[1]

I. Das Allgemeine.

§ 195. Geschichtliche Entwickelung des Pflichttheilsrechtes.

1. Mit der Freiheit der letztwilligen Verfügung treten in Widerstreit die Ansprüche, welche die Glieder der Familie des Erblassers nach natürlicher und sittlicher Ordnung auf seinen Nachlaß erheben.

Beide Gesichtspunkte sind berechtigt, keiner wird daher zu schrankenloser Herrschaft gelangen können. Dem Erblasser die Verfügung über seinen Nachlaß zu versagen, wäre ein unzweckmäßiger, auf die Dauer nicht erträglicher Eingriff in die individuelle Freiheit; dem Erblasser zu gestatten, jede Rücksicht auf die engstverbundenen Familienglieder außer Augen zu lassen, kann einem Mißbrauch den Weg öffnen, welcher das Sittlichkeitsgefühl und das nationale Rechtsbewußtsein verletzt.[2] Daher zeigt die Geschichte ein Ringen nach Ausgleichung, welches den Extremen Maß gebietet.

---

1) L. R. II, 2 § 391 ff. Vgl. die unvollendete Abhandlung von Fr. Gärtner das Notherbenrecht in seiner Bedeutung und in seinen Folgen im A. L. R. Simon u. Strampff, Zeitschr. Bd. 2 S. 392 ff. Bauer in Behrend's Zeitschr. für Gesetzgebung Bd. 7 S. 39: Gehört die Pflichttheilsklage des Allgemeinen Landrechts zu dem der Exekution unterliegenden Vermögen? Zitelmann die Natur des Pflichttheilsrechts und der Pflichttheilsklage nach preußischem Recht in Gruchot's Beiträgen Bd. 20 S. 321 ff. Max Schultzenstein Beiträge zur Lehre vom Pflichttheilsrecht, Berlin 1878, 2te Aufl., mit einem Nachtrag, 1883. Ueber gemeines Recht vergl. die bei Dernburg Pand. Bd. 3 § 142 Anm. 1 Angef. Zu beachten sind auch die Gutachten von Meyersburg und von Bruns über die Frage, ob und inwieweit die Testirfreiheit mit Rücksicht auf eine Pflichttheilsberechtigung eingeschränkt werden soll? in den Verhandlungen des deutschen Juristentages 1878 Heft 1 S. 50 ff., S. 72 ff., vgl. Schultzenstein über die Beibehaltung und Gestaltung des Pflichttheilsrechts bei Gruchot Bd. 23 S. 661 ff.

2) Das Pflichttheilsrecht kann nicht, wie von den Redaktoren des Landrechts und später oft geschah, darauf zurückgeführt werden, daß Eltern ihren Kindern Alimente schulden; denn es kommt nicht darauf an, ob diese sich selbst zu ernähren im Stande sind. Wenn die Eltern ihr Vermögen allen Kindern oder Einigen völlig entziehen, dasselbe z. B. einer zweiten Ehefrau oder einem Kinde zweiter Ehe unter Ausschließung der Kinder erster Ehe, oder in frommem Eifer kirchlichen Stiftungen ausschließlich hinterlassen, so liegt hierin ein Verstoß wider Sitte und natürliche Ordnung, gegen welchen das Rechtsgefühl reagirt. Soweit das Vermögen in landwirthschaftlichen Grundstücken besteht, mag immerhin der Pflichttheil seinem Betrage nach auf eine geringe Quote gesetzt werden, damit der Grundbesitz nicht mit Erbegeldern in übertriebener Weise belastet werde. Uebrigens besteht in England und in Nordamerika unbeschränkte Testirfreiheit.

2. Für die Art und die Gestaltung dieser Ausgleichung ist entscheidend, was als grundlegend angesehen wird, ob das Familienerbrecht oder die Testirfreiheit. Die ältere deutsche Erbfolge beruhte auf dem Familienzusammenhang, die Einsetzung eines Erben durch letzten Willen war ihm fremd. Die Vermittelung mit der durch die fremden Rechte gewährten Testirfreiheit erfolgte von jener Grundlage aus in mehreren Ländern germanischen Rechts der Art, daß zwar ein begrenzter Theil des Nachlasses der freien Verfügung des Erblassers unterstellt wurde, der andere Theil aber unantastbar den gesetzlichen Erben verblieb. So geschah es in der deutschen Schweiz und nach den Gewohnheitsrechten Nordfrankreichs.[3] Das wurde dann durch den code civil[4] für ganz Frankreich und die Gebiete, in welchen das französische Recht zur Herrschaft kam, Rechtens. Diese Ordnung erhielt auch durch die einflußreichste deutsche Philosophie der Neuzeit eine ideale Verklärung. Hegel fand in der rechtlichen Einheit der Familie die philosophische Grundlage des Erbrechts, ihm machte das Eintreten der Familienglieder in den eigenthümlichen Besitz des an sich gemeinsamen Vermögens dessen Wesen aus. Hiernach erschien ihm das Testament nur subsidiär, beim Auseinanderfallen der Familie in die entfernteren Verwandtenkreise gerechtfertigt, indem man durch dasselbe gleichsam einen Kreis von Freunden statt der Familie einsetze, eine sogenannte Familie der Freundschaft gründe. Bei der näheren Familie der Ehe und der Kinder sollte das Testament folgerecht gar nicht oder nur beschränkt erlaubt sein.[5]

---

3) Vgl. für die Schweiz z. B. das Züricher Gesetzbuch § 2027, welches gegenüber dem älteren im Kanton Zürich geltenden Recht die Testirfreiheit schon wesentlich erweiterte. Was die älteren Rechtszustände Nordfrankreichs anlangt, so galt in den Ländern des droit coutumier der Satz: Institution d'héritier n'a pas lieu. Bezüglich der Erbgüter — der propres — trat nach dem Grundsatz „paterna paternis materna maternis" die Intestaterbfolge mit Nothwendigkeit ein, und die letztwillige Verfügung war nur bezüglich eines geringen Theiles, meist eines Fünftels, gestattet, so daß vier Fünftel als s. g. réserve coutumière den Verwandten ohne Unterschied, ob sie Descendenten oder Seitenverwandte des Erblassers waren, gesichert blieben, vgl. coutume de Paris art. 295. Außerdem gestand man seit dem vierzehnten Jahrhundert den Descendenten nach römischem Vorbild einen gewissen Theil des Gesammtnachlasses, also auch des beweglichen Vermögens und der Errungenschaftsgüter zu, die s. g. légitime, vorausgesetzt, daß sie den Betrag nicht bereits in den gesetzlich reservirten Theilen der propres fanden. Auch diese legitima, obgleich aus dem römischen Recht stammend, galt als pars hereditatis, nicht bloß als pars bonorum. Ausführlich handelt hierüber u. A. Cuenot des droits de légitime et de réserve 1877.

4) Durch die Zwischengesetzgebung zwischen dem altfranzösischen Recht und dem code civil war zeitweise die Testirfreiheit im Interesse des jungen Frankreichs auf das Aeußerste beschränkt, art. 16 des Gesetzes vom 17. nivôse des Jahres II. Sie wurde wieder erweitert im Gesetz vom 4. germinal Jahr VIII. Hierauf gründet sich der code Napoléon art. 913 ff., welcher eine Portion feststellt, über welche der Erblasser zu verfügen berechtigt ist, wenn er Descendenten oder Ascendenten hinterläßt. Sofern die Descendenten und Ascendenten entsagen, sind die testamentarischen Anordnungen rechtsbeständig und durch entferntere Intestaterben nicht anfechtbar.

5) So stellt Bruns a. a. O. S. 74 die bezüglichen Aeußerungen von Hegel Rechtsphilosophie §§ 178—180 Bd. 8 S. 239 ff. zusammen.

3. Das praktische Recht Deutschlands hatte in Folge der Reception des römischen Rechtes die Testirfreiheit des Erblassers über den gesammten Nachlaß anerkannt.[6] Dies mit den Beschränkungen, welche sich im römischen Recht als Ergebnisse eines langdauernden historischen Bildungsprozesses abgelagert hatten. Solche Beschränkungen waren theils formeller, theils materieller Natur.

4. Die formellen Beschränkungen des römischen Rechtes wurden zum Theil überhaupt nicht recipirt, zum Theil zwar aufgenommen, aber ohne rechtes Leben zu gewinnen. Der Epoche der Interpretation der zwölf Tafeln entstammten die Formvorschriften des älteren Civilrechtes. Dieselben beruhten auf der Anschauung, daß die agnatisch mit dem Erblasser verwandten, in seiner Gewalt stehenden Descendenten seine natürlichen Erben seien.[7] Auch ihnen konnte der Ascendent in Folge seiner gesetzlich gewährleisteten Testirfreiheit ihr Erbrecht nehmen: allein dem Geiste des alten Rechtes entsprechend durfte dies nicht stillschweigend geschehen. So entwickelte sich der Satz, daß der Erblasser die sui entweder gehörig instituiren oder gehörig exherediren müsse, daß aber ein bloßes Uebergehen mit Stillschweigen, die s. g. Präterition, nicht genüge.[8] Waren sie also bloß präterirt, so war ihnen ihr Erbrecht nicht genommen und das Testament bei Vorhandensein eines filius suus nichtig,[9] andere sui dagegen konkurrirten mit den Testamentserben.[10] Der Prätor übertrug dann dies System in seiner Weise auf die emancipirten Kinder des Erblassers, welche das ihnen durch den Magistrat zugestandene Erbrecht durch contra tabulas bonorum possessio zur Geltung bringen konnten, wenn sie im Testament des Vaters

6) Der Spruch: „wer will wohl und selig sterben, laß sein Gut dem rechten Erben“ appellirt nur noch an das Gewissen der Einzelnen gegenüber dem siegreichen fremden Recht.

7) Die zwölf Tafeln setzen das Erbrecht der sui voraus, sie begründen es nicht, vgl. Ulp. fragmenta tit. 26 § 1: si intestato moritur, cui suus heres nec escit, agnatus proximus familiam habeto.

8) Die herkömmliche Begründung des altcivilen Notherbenrechts ist eine andere, vgl. die Schrift von Adolf Schmidt: Das formelle Recht der Notherben 1862. Zur Begründung unserer Auffassung hier nur Folgendes. Die Formel „exheres esto“ hat den Sinn der Entziehung eines Erbanspruches, welcher an sich dem Exheredirten anwächst. Hiervon ist bei Beurtheilung des Institutes auszugehen.

9) Gaj. Inst. II, § 123. Nach der auch im justinianischen Recht recipirten Ansicht der Sabinianer war die Nichtigkeit bei Präterition des suus eine absolute und unheilbare, quia non constitit institutio; weniger streng waren die Prokulianer.

10) Gaj. Inst. II, § 124. Wie erklärt es sich, daß im klassischen Recht die Präterition des filius suus Nichtigkeit erzeugte, die der Tochter und der Enkel aber nur ein jus accrescendi, wonach dieselben mit den Testamentserben zusammen erben? Was gewöhnlich vorgebracht wird, dürfte nicht befriedigen. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 23. Wir nehmen an, daß die alten römischen Juristen ursprünglich getheilter Ansicht über die Folgen der Präterition der sui waren. Die eine Partei hielt die Institution für nichtig, da die sui mit ihren auf das Ganze gehenden gesetzlichen Erbansprüchen nicht beseitigt seien, die andere erachtete, daß den sui heredes zwar durch die Präterition ihr natürliches Recht nicht genommen sei, daß aber auch die testamentarischen Erben gültig

mit Stillschweigen übergangen waren.[11] Nach der Testamentserrichtung dem Erblasser erwachsende Kinder endlich, die in seine Gewalt traten, rumpirten nach Civilrecht das Testament schlechthin. Alle diese Bestimmungen hatten nicht den Zweck, ungerechten Enterbungen entgegenzutreten, wenn sie auch thatsächlich mancher Enterbung vorbeugten, denn die Enterbung hatte Kraft, ohne daß eine Motivirung nöthig war, und auch dann, wenn ihre Gründe unlauterer Natur waren. In jenen Normen waltet vielmehr der Gedanke des älteren Rechtes, daß nur der formgerecht und ausdrücklich erklärte Wille Geltung hat, so daß sich durch sie die Vorbeugung gegen die Folgen eines etwaigen Irrthum süber das Vorhandensein eines Notherben wie auch und gegen eine Versäumniß der beabsichtigten Aenderung des Testaments im Fall des späteren Eintretens eines Notherben von selbst ergab. Neben die gedachten uralten Formen setzte dann Justinian die Formvorschriften der Novelle 115. Bei Gelegenheit eines speciellen Falles angeordnet bilden sie nicht einen Ausdruck des Zeitbewußtseins, sondern sind Ausfluß einer zufälligen Entschließung des Regenten. Ascendenten sollten ihre Descendenten, Descendenten ihre Ascendenten nicht bloß mit dem Pflichttheil begaben, sondern zu Erben einsetzen, wenn nicht die gesetzlich bestimmten Enterbungsgründe bestanden und im Testament angeführt waren. Folge der Zuwiderhandlung sollte Kraftlosigkeit der Erbeseinsetzung sein, während die Vermächtnisse bestehen blieben.

Ob durch die Novelle 115 die Formvorschriften des alten Rechtes beseitigt wurden — s. g. Reformsystem — oder ob sie neben denselben fortbestehen sollten — s. g. Additionalsystem, — ist unter den Romanisten bestritten.[12] Wie dem aber auch sei, in Deutschland wurden die Formvorschriften des alten Rechtes niemals recipirt.[13] Sie beruhten auf dem Gedanken, daß die Hauskinder und die Emancipirten die nächsten natürlichen Erben des Erblassers seien, im justinianischen Recht dagegen sind die Descendenten als solche, mögen

---

eingesetzt seien, wonach denn Konkurrenz beider Arten von Erben eintrat, die man als jus accrescendi bezeichnete. Die Streitfrage kam zu einer rein äußerlichen Schlichtung; für den filius suus nahm man die strengere, für andere Hauskinder die vermittelnde Ansicht an. Justinian stellte übrigens Töchter und Enkel dem filius suus gleich durch l. 4 C. de liberis praeteritis 6, 28.

11) Gaj. Inst. II, § 135. Vgl. Schmidt a. a. O. S. 65 ff.

12) Vgl. die Ausführungen von Schmidt a. a. O. S. 182 ff. · Dernburg Pand. Bd. 3 § 145.

13) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 192. Wer freilich von der Reception des römischen Rechtes in complexu ausgeht, muß eine derogatorische Gewohnheit verlangen, die nicht nachgewiesen ist, Vangerow Bd. 2 § 486 S. 301 ff. Uns genügt die Thatsache, daß die Bestimmungen nicht als praktische angewendet wurden, um ihre gemeinrechtliche Geltung in Abrede zu stellen. Bei Seuffert Archiv Bd. 18 Nr. 263 geht das O. A. Gericht zu Celle von der Rechtsbeständigkeit des alteivilen Notherbenrechts aus, begnügt sich jedoch mit der Konstatirung, daß demselben im Fall „nothdürftig genügt sei.“

sie agnatisch oder kognatisch mit dem Erblasser verwandt sein, die nächsten Erben; eine Bevorzugung der agnatisch Verwandten im Notherbenrecht ist daher nicht mehr innerlich gerechtfertigt. Dann aber hat auch die alte Anschauung, wonach eine ausdrückliche Erklärung allein von Gewicht, eine stillschweigende dagegen bedeutungslos ist, im gemeinen Recht keine Basis. So kam es denn nicht zur Anwendung der veralteten Sätze.

Die Formbestimmungen der Novelle galten in der Theorie stets als recipirt, praktische Bedeutung erhielten aber auch sie nur in sehr geringem Maße. Denn für den deutschen Erblasser schien die Frage, ob er Jemanden mit einer Erbeseinsetzung oder mit Vermächtnissen bedenke, nicht sehr erheblich. Hatte er seine Kinder, beziehungsweise die Ascendenten materiell nicht verkürzt, so schien die Anfechtung aus dem Grunde allein, daß er denselben die Eigenschaft eines Erben nicht beigelegt hatte, kaum stichhaltig, und dies um so weniger, als bereits Justinian als genügend die Ernennung zum heres ex re certa erklärte, welcher in Konkurrenz mit den anderen Erben auch nur Vermächtnißnehmer war. In der Praxis fand man daher in jeder Bedenkung eines Notherben im Zweifel eine der Novelle entsprechende Einsetzung.[14] Demgemäß erachtete man die Bemerkung des Vaters, „daß sein Kind bereits bei seinen Lebzeiten abgefunden sei", für zureichend[15] und erblickte selbst in der Enterbung bis auf den Pflichttheil eine Erbeinsetzung auf dessen Betrag.[16]

5. Dem praktischen gemeinen Recht gehören hiernach im Grunde nur die materiellen Beschränkungen der Testirfreiheit d. h. das Pflichttheilsrecht an. Dasselbe hatte sich in den letzten Zeiten der römischen Republik entwickelt, indem sich bei dem Volksgerichtshof der Centumvirn der Brauch gebildet hatte, daß die Testamente derjenigen rescindirt wurden, welche

14) Von Einfluß auf die gemeinrechtliche Praxis waren hier wie so oft, die sächsischen Constitutionen von 1572, welche p. III const. 9 zwar die Erbeseinsetzung der Kinder und der Eltern forderten, aber zufügten, „jedoch wenn der Testator in seinem Willen verba communia und solche Worte gebrauchte, die sich zur Einsetzung eines Erben ziehen möchten, so soll es so viel sein, als wären die Kinder oder Eltern damit directe zu Erben verordnet und eingesetzt. Und obwohl die Rechtslehrer weitläuftig davon handeln, welche Wort solcher Krafft und Wirkung sein möchten, dennoch sind unsre Verordnete dessen einig, daß im Zweifel die verba communia pro institutione directa gehalten werden, damit die Testamente, so an sich selbst favorabilia sein, bei Kräften erhalten werden." Fälle, in denen Testamente für ungültig erklärt wurden, weil der Erblasser die legitima nicht titulo institutionis hinterließ, kommen allerdings dennoch vor, vgl. Stryk usus modernus lib. 28 tit. 2 § 5. Allein mit Recht bemerkt Leyser spec. 356 med. 1: der Streit, ob die Erbeseinsetzung nach der Novelle nothwendig sei, habe keine praktische Bedeutung: si ipsi quippe, qui heredis institutionem requirunt, addunt vocem heredis et hereditatis non desiderari, sed verba qualiacunque sufficere et ad heredis institutionem trahi, ita vero raro et fere nunquam continget, ut filius, cui quid in testamento patris relinquitur, heres in eo institutus dici nequeat.

15) Angeführte Konstitution von 1572 p. III, c. 9 in fine, Leyser sp. 356 med. 9.

16) Das Gleiche gilt, wenn „legitima vermacht wird", Leyser sp. 356 m. 3.

ihren nächsten Verwandten grundloserweise nicht einmal den Betrag einer Quote ihrer Intestatportion letztwillig zugewendet hatten. Dies stützte man auf die Annahme, daß, wer so verfügte, bei Abfassung des Testamentes nicht gesunden Geistes gewesen sein könne. Anfechtungsberechtigt waren seit der christlichen Kaiserzeit Descendenten, Ascendenten und Geschwister vom Vater her, consanguinei, vorausgesetzt, daß sie im gegebenen Fall die nächsten Intestaterben waren. Der Pflichttheil, welcher durch letztwillige Zuwendungen verschiedenster Art hinterlassen werden konnte, betrug in der klassischen Kaiserzeit ein Viertel der Intestatportion, seit Justinians Novelle 18 bei vier oder weniger Descendenten ein Drittel, bei fünf oder mehr die Hälfte der Intestatportion. Als Gründe der Enterbung zur Strafe wurden wenigstens nach der gemeinrechtlichen Praxis allein die in der Novelle 115 aufgeführten anerkannt. Die Anfechtung geschieht gemäß dem jüngsten justinianischen Rechte gemeinrechtlich in doppelter Art.

a) Ist der Pflichttheil theilweise hinterlassen, so findet in Folge einer justinianischen Verordnung[17] eine Ergänzungsklage statt, auf Grund deren der Pflichttheil bis zu seinem vollen Betrag aufgefüllt wird.

b) War dem Pflichttheilsberechtigten ohne genügenden Grund Nichts hinterlassen, sei es, weil der Erblasser den Pflichttheilsberechtigten nicht bedenken wollte, sei es, weil er ihn bereits als verstorben ansah oder weil er erst nach dem Testamente anwuchs, so besteht keine Klage auf den Pflichttheil, vielmehr eine solche auf Anfechtung des Testamentes. Diese Klage war vor der Novelle 115 die querela inofficiosi testamenti gewesen. Ob nach der Novelle 115 eine Nichtigkeitsklage aus der Novelle an die Stelle getreten sei, gehört zu den famosen Streitfragen des gemeinen Rechtes. Die Praxis hielt sich überwiegend an das s. g. gemischte System, wonach bei völliger Präterition Nichtigkeit aus der Novelle eintrat, bei Anführung eines nicht gerechtfertigten Enterbungsgrundes aber die Querel anzuwenden war. Hierfür sprechen freilich weder gute Gründe der Auslegung des gegebenen Rechtes, noch auch Gründe der Zweckmäßigkeit. An abweichenden Ansichten hat es daher nicht gefehlt.[18]

---

17) l. 30, l. 36 C. de inofficioso testamento 3, 28. Die Natur der a. suppletoria ist zwar bestritten, doch ist die richtige und auch von jeher herrschende Ansicht, daß sie eine persönliche Klage ist. Theoretisch gilt weiter der Satz, daß dann, wenn der Pflichttheil zwar theilweise hinterlassen ist, aber nicht titulo institutionis, nicht die Ergänzungsklage, sondern die Klage auf die Erbportion einzutreten hätte. Doch ist dies, wie Anm. 14 nachgewiesen ist, ohne praktische Bedeutung.

18) Bekanntlich bestehen folgende Systeme. Einmal das Nullitätssystem, wonach die Erbeseinsetzungen bei Verstoß gegen die Vorschriften der Novelle schlechthin und von vornherein nichtig sind, was allerdings mit den Worten der Novelle am besten übereinstimmt. Dann das rationellere System der relativen Nichtigkeit, wonach die Nichtigkeit der Erbeseinsetzungen nur von den verletzten Descendenten und Ascendenten, nicht aber bei deren Wegfall von entfernteren Intestaterben geltend gemacht werden kann.

6. Die Anwendung des Pflichttheilsrechtes war bis in die neuere Zeit herein im gemeinen Recht um deswillen eine beschränkte, weil zahlreiche Vermögen, insbesondere aber der ländliche Grundbesitz zum überwiegenden Theil durch die Lehns- und Fideikommißeigenschaft, wie durch die besonderen Rechtsverhältnisse des bäuerlichen Besitzes der Testirfreiheit überhaupt entzogen waren.

7. Das gemeine Notherbenrecht und Pflichttheilsrecht gilt in den Landestheilen, in welchen die Anwendung der ersten Titel des zweiten Theiles des Landrechts suspendirt ist,[19] insbesondere in der Mark Brandenburg und im Herzogthum Westphalen in der dargestellten Weise.[20] [21]

§ 196. Die Grundgedanken des preußischen Pflichttheilsrechts.

I. Die Verfasser des Landrechts gingen von dém Gedanken der Testirfreiheit aus, der Pflichttheil galt ihnen als ein Institut, welches sich nicht auf das Naturrecht gründe, da die Pflicht der Eltern nicht weiter gehe, als die Kinder zu erziehen und sie in den Stand zu setzen, für sich selber zu sorgen.[1] Das Pflichttheilsrecht der Descendenten und Ascendenten wurde hiernach nur aufgenommen, weil es im Staate durchweg bestehe und der Billigkeit nicht zuwiderlaufe. Eine Verpflichtung des Erblassers, dem Pflichttheilsberechtigten die Ehre der Erbeseinsetzung zukommen zu lassen, ist dagegen nicht mehr anerkannt.[2]

II. Das rechtliche Wesen des Pflichttheilsrechts ist im Landrecht nicht näher gekennzeichnet. Für die Versuche seine Natur[3] zu bestimmen, wurde

---

Dasselbe leitet von selbst auf das Inofficiositätssystem, da hier der Gedanke der bloßen Anfechtung mittels der querela inofficiosi testamenti bereits eine feste juristische Gestalt und historische Verknüpfung gewinnt. Dazu kommt das gemischte System, welches Nichtigkeit annimmt, wenn die Novelle der Form nach verletzt ist, Querel, wenn unter Wahrung der Form ihrem Willen zuwider verfügt ist. Ueber die Dogmengeschichte vgl. Francke a. a. O. S. 367 ff.

19) Oben § 1 Anm. 20.

20) Auch in der Mark ist theoretisch die Erbeinsetzung nach der Novelle 115 gefordert. Entsch. des O. Trib. Bd. 12 S. 420 ff. Praktisch erachtet man u. A. als genügend hierfür die Bestimmung: „es soll meine Tochter, welche bereits mehr als 1000 Thaler empfangen hat, noch die Summe von 25 Thalern erhalten.“ So bei Striethorst Archiv Bd. 7 S. 160.

21) Für das Notherbenrecht und Pflichttheilsrecht ist im Fall einer Statutenkollision maßgebend das letzte Domicil des Erblassers. Vgl. R. G. Bd. 8 S. 145, Bd. 31 S. 155. Das Pflichttheilsrecht ist ein erbrechtlicher Anspruch, auch wenn es nur eine Forderung auf eine Summe gewährt.

1) Anmerkung zum Entwurf des Gesetzbuches I Abth. 1 Tit. 2 § 306, vgl. auch Schlußvorträge in Kamptz Jahrbüchern Bd. 41 S. 164.

2) Vgl. L. R. II, 2 § 396, oben § 195 bei Anm. 8. Das Projekt des corp. jur. Fridericiani p. II lib. 7 tit. 4 Art. 2 schließt sich noch ziemlich unselbständig an die herrschende gemeinrechtliche Theorie an. Es verlangt namentlich auch die Erbeseinsetzung der Notherben bei Strafe der Nichtigkeit.

3) Bis in die dreißiger Jahre hinein beschäftigte sich die Theorie nicht eingehend mit der Natur des Pflichttheilsrechts nach Landrecht. Die Auffassung des preußischen

aber von größter Bedeutung der Einfluß der Hegel'schen Philosophie, obgleich dieselbe mit den naturrechtlichen Gedanken der Landrechtsverfasser nichts gemein hat. Jener Philosoph ging von der Idee eines Gesammteigenthums der Familie aus, wonach die Kinder beim Tode des Familienhauptes nur in den eigenthümlichen Besitz des gemeinsamen Vermögens eintraten. Aehnliche Gedanken wollte man im preußischen Recht finden, so daß ein Theil des Nachlasses einen Vorbehalt der Familie bilde, während der Erblasser nur über den anderen Theil gültig verfügen könne. Solchergestalt erachtete man den Pflichttheil als ein den nächsten gesetzlichen Erben schlechthin gesichertes Erbtheil.[4] Damit stimmten jedoch die einzelnen Vorschriften des Landrechts und dessen Gesammthaltung wenig überein. So entwickelten sich zahlreiche Streitfragen. Es entstanden neben zahlreichen Mittelmeinungen und besonderen Auffassungen drei Haupttheorien, welche wir als die des Notherbenrechts, der Testamentsrescission und die des Forderungsrechts bezeichnen.

1. Nach der Notherbentheorie ist der Pflichttheilsberechtigte von Rechtswegen Erbe des Pflichttheils; er erwirbt denselben, wie jeder andere Erbe, von Rechtswegen mit dem Tode des Erblassers, folgerecht wird er den Erbschaftsgläubigern verhaftet, wie andere Erben. Die Bestimmung des Landrechts, wonach jede Zuwendung auf den Sterbefall, es sei unter welchem Namen es wolle, auf den Pflichttheil angerechnet werden soll,[5] bezieht sich nach dieser Ansicht nur auf die Art, wie die Verwirklichung des Erbrechtes zu geschehen hat, betrifft demnach nur die thatsächliche Abfindung und die Theilung des Nachlasses. Der im Testament mit Summen oder Sachen abgefundene Pflichttheilsberechtigte gilt dieser Theorie dennoch Miterbe und hat die Eigenschaften und Rechte eines solchen, z. B. die Erbtheilungsklage, folgerecht auch das Recht auf Subhastation der Erbschaftsgrundstücke. Ist der

---

Pflichttheilsrechts als eines Erbrechts war noch nicht gefunden. Noch Gans in seinen Beiträgen Bd. 1 S. 123 ff. stellt wohl das französische System als Vorbild für künftige Gesetzgebung auf, ist aber weit davon entfernt, anzunehmen, daß dasselbe bereits im Landrecht verwirklicht sei, vgl. S. 128 a. a. O.

4) Auf diesem Standpunkt steht G. Fr. Gärtner a. a. O. in Simon und Strampff Zeitschr. Bd. 2 S. 393. Er geht — S. 408 — davon aus, daß Eltern, Kinder und Ehegatten in Folge des Familienprincips — oben § 195 — nothwendige Erben im Pflichttheil seien; der Testator, welcher pflichttheilsberechtigte Verwandte hinterläßt, sterbe daher pro parte testatus, pro parte intestatus; die Pflichttheilserben träten bei Nichtberücksichtigung ihres Anspruches als Erben ab intestato ein — S. 426. — Allein, und hier lenkt Gärtner ein, sie werden doch nicht unmittelbar mit dem Tode des Erblassers berufen, die causa testamenti sei prior und potior bis zum rechtskräftigen Anerkenntniß des Pflichttheilserbrechts durch den Richter. Bis dahin sei der Pflichttheilsanspruch daher nur ein Anspruch zur Theilnahme an dem Nachlaß, nur ein Forderungsrecht — S. 437. Obgleich diese Auffassung wenig folgerichtig ist, fand sie Beifall und gewann Einfluß auf die Entscheidungen des Obertribunals, dem sie mit ihren vieldeutigen und elastischen Formeln allerdings alle Freiheit der Bewegung ließ.

5) L. R. II, 2 § 396.

Pflichttheil unvollständig hinterlassen, so steht dem Verletzten zur Geltendmachung seiner Rechte eine Erbrechtsklage — hereditatis petitio partiaria — zu.[6]

Gegen diese Auffassung spricht vor Allem, daß die Eigenschaft des Pflichttheilsberechtigten als Miterben vom Gesetz nirgends anerkannt wird, während sie doch angeblich den Kern seines Rechtes bilden soll. Nur durch allgemeine Erörterungen, die nicht dem Gesetz, sondern dem angeblichen Wesen der Sache entnommen sind, wird sie begründet. Der Pflichttheilsberechtigte, behauptet man, stütze seine Rechte auf die Verwandtschaft, die Verwandtschaft begründe nur gesetzliches Erbrecht, folglich sei das Recht des Pflichttheils Erbrecht. Die Frage, ob dies durch die preußische Gesetzgebung so aufgefaßt wird, ist hiermit nicht gelöst. In Widerspruch steht jedenfalls das Recht des Erblassers, den Pflichttheil in beliebiger Form zuzuwenden. Denn wenn der Pflichttheilsberechtigte als gesetzlicher Erbe berufen wäre, so könnte folgerecht der Erblasser über den diesem gesetzlich vorbehaltenen Erbtheil nicht verfügen. Dazu kommt, daß die Klage wegen der Verletzung des Pflichttheils keine Verwandtschaft mit einer hereditatis petitio partiaria zeigt. Denn sie geht nicht gegen jeden Besitzer der Nachlaßgegenstände, sondern gegen Erben und Legatare, es ist ferner anerkannt, daß sie auf Herausgabe einer Geldsumme ausläuft, endlich unterliegt sie einer kurzen Verjährung.[7] Dies Alles widerspricht der Annahme der Gegner, welche die Testirfähigkeit bezüglich der Pflichttheilsportion nicht anerkennen, da hiernach vielmehr folgerecht jede letztwillige Verfügung über den Pflichttheil unwirksam sein müßte.[8]

2. Eher vereinbar mit den Bestimmungen des Landrechts erscheint die Rescissionstheorie, nach welcher der verletzte Pflichttheilsberechtigte die Aufhebung des Testaments durch rechtskräftiges Erkenntniß bis zum Belauf seines Pflichttheils erlangen und dann als Miterbe eintreten soll.[9] Hiermit lehnt man sich an die gemeinrechtliche querela

6) Das „Notherbrecht" vertreten mehr oder weniger folgerecht Bornemann Bd. 6 S. 199, Koch Erbrecht S. 451, Förster Bd. 4 § 288. Zutreffend bemerkt dagegen Zitelmann bei Gruchot Beitr. Bd. 20 S. 340: „die Gleichung mit dem Landrecht geht nicht auf, die Probe mit der Wirklichkeit stimmt nicht und den Vertheidigern der angegriffenen Theorie bleibt nur dreierlei übrig: entweder sie müssen dem Landrecht geradezu widersprechen, das dürfen sie aber natürlich nicht; oder sie müssen sich selbst widersprechen; der dritte Weg aber, und ihn wählen Koch und Förster, besteht darin, zugleich sich selbst und dem Landrecht zu widersprechen. Bald ziehen sie die Konsequenzen ihrer eigenen Ansichten und widersprechen dem Landrecht, bald stellen sie die Bestimmungen des Landrechts hin und widersprechen sich selbst, zwischen beiden ein beständiges Hin- und Herschwanken."

7) L. R. II, 2 § 432 ff.

8) Vgl. Zitelmann a. a. O. S. 340, 354.

inofficiosi testamenti an und baut darauf fort. Aber die Grundgedanken, auf denen die römische Querel ruhte, sind dem Landrecht fremd. Da nach früherem Recht eine Klage auf den Pflichttheil nicht bestand, griff man in Rom bei Verletzung im Pflichttheil zur Fiktion, daß der Erblasser nicht gesunden Geistes war und gab unter Rescission des Testaments eine Klage auf die Intestaterbportion. Es war also etwas Anderes geschuldet, etwas Anderes wurde eingeklagt. Diese Auffassung, welche mit der geschichtlichen Entwickelung des römischen Pflichttheilsrechts zusammenhing, kann in das preußische Recht nicht hineingetragen werden.[10] Hier ist davon auszugehen, daß sich das Klagrecht mit dem Rechte deckt. Hat der Pflichttheilsberechtigte gegenüber dem Erblasser nur einen Anspruch auf Zuwendung einer Werthsumme, wie diese Ansicht zugesteht, so kann folgerecht auch die Klage im Fall der Verletzung nur auf eine Summe gehen.[11] Und daß die Klage diese Natur hat, ergiebt auch das Gesetz und die Praxis.

Allerdings scheint für die Auffassung des Pflichttheils als eines Erbtheils die Ausdrucksweise des Landrechts zu sprechen, da sich dasselbe der Worte „erben" und „enterben" für die Stellung des Pflichttheilsberechtigten häufig bedient. Hier hat die Vernachlässigung des technischen Sprachgebrauches im Landrecht verwirrende Folgen. Doch Gewicht ist auf diese Redewendungen nicht zu legen, welche nur das Recht auf letztwillige Zuwendung anzeigen sollen.[12][13]

---

9) Im Grunde dürfte dies bereits die Ansicht von Gärtner a. a. O. gewesen sein. Vgl. namentlich S. 428 a. a. O. Klarer ist diese Auffassung begründet und durchgeführt von Zitelmann a. a. O., vgl. insbesondere S. 354 ff.

10) Zitelmann a. a. O. S. 369 nimmt allerdings an, daß die landrechtliche Pflichttheilsklage augenscheinlich der querela inofficiosi testamenti nachgebildet sei. Allein die Aehnlichkeit liegt fast ausschließlich in der, übrigens in besonderer Weise festgestellten kurzen Verjährung L. R. II, 2 § 440, die sich aus Zweckmäßigkeitsgründen genugsam erklärt. Wenn man auch die Ausschließung durch Anerkenntniß des Testaments hierher gezogen hat, — L. R. II, 2 § 438, 439, — so bestehen gerade hier grundsätzliche Verschiedenheiten von der Behandlung bei der römischen Querel. Die eigenartigen Züge der Querel, daß sie nämlich vindictam spirans ist und daß sie die Intestatportion des Klägers mit einer modificirten hereditatis petitio fordert, gestützt auf den color insaniae, sind der preußischen Pflichttheilsklage völlig fremd. Schultzenstein a. a. O. S. 109.

11) Dies hat zutreffend Schultzenstein a. a. O. namentlich S. 117 ausgeführt. R. G. Bd. 6 S. 247 und bei Gruchot Bd. 33 S. 944 hat sich unserer Ansicht angeschlossen.

12) So nimmt den Ausdruck die Vulgärsprache, an die sich das Landrecht gern anlehnt. Es ist daher ein besonderes Gewicht nicht darauf zu legen, daß das Landrecht vom „Erben des Pflichttheils" z. B. L. R. I, 17 § 284, vom „Enterben" L. R. I, 2 § 399 und a. a. O., ja sogar von „nothwendigen Erben", denen ein Pflichttheil gebührt, spricht L. R. I, 11 § 1113, I, 12 § 154. Wenn L. R. II, 2 § 434 bestimmt wird, zur Errichtung oder Ergänzung des Pflichttheils eines Kindes müssen die übrigen Erben und Legatare beitragen, so soll dies sicher nichts Anderes heißen, als wie im Entwurf des Gesetzbuches I, 2 § 324 stand, die übrigen Theilnehmer, sowohl Erben als Legatare. Ohne alles Gewicht aber sind L. R. II, 2 §§ 435, 447, aus denen man Schlüsse ziehen wollte, vgl. Schultzenstein a. a. O. S. 95 ff. Wie wenig auf den Ausdruck „Ent-

3. Der Pflichttheilsberechtigte hat nach richtiger Ansicht nur einen Anspruch auf eine Geldsumme, welche er im Fall der Verletzung durch Forderungsklage geltend macht. Der Erblasser selbst ist allerdings nicht im gewöhnlichen Sinne verbunden, es liegt ihm eine eigenartige im Familienrecht wurzelnde Verpflichtung ob, so daß ein unmittelbarer Zwang gegen den Erblasser, dieser Verpflichtung nachzukommen, nicht möglich ist. Erst mit dem Tode des Erblassers entspringt im Fall der Verletzung ein klagbarer Anspruch auf Aufhebung derselben.[14]

Diese Auffassung des Pflichttheilsrechts harmonirt mit dem allgemeinen Standpunkt, von dem man bei Abfassung des Landrechts ausging, und der Absicht, das Pflichttheilsrecht zu vereinfachen, ihr allein ordnen sich die Einzelbestimmungen des Landrechts ungezwungen unter. Sie entspricht aber auch den Bedürfnissen des modernen Lebens. Denn sie beseitigt die Nothwendigkeit einer Realtheilung, wo der Erblasser solche ausschließen will; sie erleichtert die Stellung des eingesetzten Erben, des Repräsentanten des Erblassers, und behindert ihn nicht in der Liquidation des Nachlasses unvorgreiflich der be-

---

erbung" Gewicht gelegt wurde, ergiebt das Mariginal zu L. R. II, 2 [illegible], Enterbung aus guter Absicht, wo doch nur die Rede ist von Einschränkung [illegible] den Pflichttheil eingesetzten Erben. Andererseits wird L. R. II, 2 § 433 davon gesprochen, daß dem Kinde sein Pflichttheil aus der Erbschaft „verabfolgt werden müsse" und L. R. I, 9 § 402 bestimmt: ist er durch die Verordnung des Erblassers an dem ihm gebührenden Pflichttheil verkürzt worden, so kann er „auf dessen Abreichung oder Ergänzung antragen." Auch wird der Pflichttheil L. R. I, 12 § 334 als eine „Erbschaftslast" bezeichnet, was mit der Auffassung als „Erbschaftsportion" im Gegensatz steht. Nach alledem ist aus dem Sprachgebrauch des Landrechts für die juristische Gestaltung des Pflichttheilsrechts ein Anhalt nicht zu gewinnen. Schultzenstein a. a. O. S. 92.

13) Förster Bd. 4 § 248 S. 55 erachtete noch als entscheidend für die Ansicht, daß der Pflichttheilsberechtigte in allen Fällen gesetzlicher Erbe sei, den Umstand, daß der Pflichttheil ein Bruchtheil des gesetzlichen Erbtheils ist, daß sein Betrag steigt und fällt nach dem Betrage des letzteren, daß die Nachlaßschulden vorweg abgezogen werden müssen, ehe die Größe des Pflichttheils gefunden werden kann, daß mithin auch der Pflichttheilsberechtigte immer ebenso, wie ein Erbe, die Nachlaßschulden zu tragen hat. Dieser Schluß ist nicht stichhaltig. Der Pflichttheil ist ein Bruchtheil der Werthsumme der Intestatportion; um diese zu ermitteln, müssen die Erbschaftsschulden von den Erbschaftsaktiven abgezogen werden, dieselben mindern den Betrag des Pflichttheils, aber zu tragen hat sie der Pflichttheilsberechtigte nicht. So stand es bereits bezüglich der dem Pflichttheilsberechtigten gebührenden Quart des vorjustinianeischen Rechtes, welche durch singuläre Zuwendungen erfüllt werden konnte und trotzdem keine Erbportion war, weshalb man auch in der alten Dogmatik den Satz formulirte, der Pflichttheil sei eine pars bonorum, nicht hereditatis, vgl. l. 6 C. de inofficioso testamento 3, 28. Schultzenstein a. a. O. S. 98 ff. Gegen Förster auch Eccius Bd. 4 § 248 S. 320.

14) Die Theorie des Forderungsrechts hat folgende Vertreter: Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 49 ff., Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 122, 202 ff., Paul Hinschius in der Preuß. Anwaltszeitung 1866 S. 793 und vorzugsweise die Schrift von Schultzenstein a. a. O. S. 61 ff. Sie hat auch R. G. Bd. 6 S. 252, Bd. 21 S. 272, Bd. 23 S. 228, und bei Gruchot Bd. 32 S. 1034, Bd. 38 S. 1114 angenommen.

rechtigten Ansprüche des Pflichttheilsberechtigten.[15] Die landrechtliche Gesetzgebung hat auch hier wie in so vielen anderen Fällen in ihrer Anlage das den modernen Verhältnissen Gemäße mit sicherem Takt getroffen, aber das treue und liebevolle Eingehen auf ihre Gedanken und die Weiterbildung auf solchen Grundlagen durch die Theorie hat ihr auch hier, wie in so manchen anderen Fällen, gefehlt.[16]

§197. Der Pflichttheil als Theil des gesetzlichen Erbtheils.

I. Unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern besteht Streit über die Grundlage der Ausrechnung des Pflichttheils. Die Vertreter der s. g. kollektiven Berechnung scheiden für die Pflichttheilsberechtigten insgesammt einen Theil des Nachlasses aus und entnehmen aus dieser Gesammtportion den Antheil der einzelnen Berechtigten; die Anhänger der s. g. distributiven Berechnung hingegen rechnen den Pflichttheil eines jeden Berechtigten selbständig als einen Theil seines gesetzlichen Erbrechts. Wenn auch einzelne Aeußerungen der römischen Quellen der ersteren Rechnungsweise scheinbar günstig sind,[1] so entspricht doch die letztere in Wahrheit allein ihrer Auffassung. Sie ruht auf dem Grundgedanken des Pflichttheilsrechts, wonach den Nächststehenden ein bestimmter Theil dessen gewährleistet wird, was ihnen durch die gesetzliche Erbfolge zugekommen wäre, wenn der Erblasser nicht verfügt hätte; nach der Kollektivberechnung würden dagegen unter Umständen Einzelnen viel weiter gehende Beträge principlos zufallen.

II. Nach preußischem Recht ist zweifellos der Pflichttheil ein Theil des Werthes der Intestatportion des Pflichttheilsberechtigten.[2]

1. Da der Pflichttheil einen Theil des Werthes des gesetzlichen Erbtheils des Pflichttheilsberechtigten ausmacht, so ergiebt sich, daß der Pflichttheils-

15) Schultzenstein a. a. O. S. 158.

16) Die Entscheidungen des Obertribunals, die in anderen Fällen den landrechtlichen Gedanken vorzugsweise Pflege gegeben haben, wurden in dieser Lehre durch die Theorie unvortheilhaft beeinflußt, wie dies auch Zitelmann a. a. O. S. 343 bemerkt hat. Dort findet sich eine Kritik der bezüglichen Entscheidungen. Grundsätzlich ist die sehr dehnbare Auffassung von Gärtner — oben Anm. 4 — überwiegend vertreten. Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 28 S. 95 „der Notherbe ab intestato hat ein wahres Forderungsrecht an den Nachlaß, ein qualificirtes Erbrecht." Striethorst Archiv Bd. 99 S. 1.

1) Es gehört hierher § 7 J. de inoff. 2, 18 und namentlich die nov. 18. Allein es handelt sich nur um einen ungenauen Ausdruck, vgl. l. 8 § 8 D. h. t. 5, 2. Insbesondere die nov. 18 wollte in dieser Hinsicht offenbar nichts ändern, vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 150 Anm. 5. Die entgegengesetzte Ansicht hat Koch Erbrecht S. 482.

2) Vgl. L. R. II, 2 § 392. Koch Erbrecht S. 484 tadelt dies. Die Redaktoren des Landrechts wären sich nach seiner Behauptung der Aenderung des gemeinrechtlichen Rechtsprincips gar nicht bewußt gewesen. In der That haben sie aber in dieser Hinsicht nichts geändert.

anspruch bedingt ist durch einen Ueberschuß der Aktiven über die Passiven des Nachlasses. Hiermit steht nur scheinbar im Widerspruch, daß ein vom Erblasser „auf den Pflichttheil eingesetzter Erbe" die Erbeigenschaften hat; selbst wenn der Nachlaß überschuldet ist. Denn damit erklärt der Erblasser, der Eingesetzte soll auf den Bruchtheil des Nachlasses als Erbe berufen sein, welcher bei der Berechnung seines Pflichttheils zu Grunde zu legen ist.

2. Folge der Eigenschaft des Pflichttheils als einer Werthquote des gesetzlichen Erbtheils ist ferner, daß nur diejenigen Personen, seien dies Descendenten, Ascendenten oder Ehegatten ein Pflichttheilsrecht haben, welche im gegebenen Falle zugleich die nächsten gesetzlichen Erben des Erblassers waren. Hieraus leiten sich folgende Sätze her:

a) Wer an sich nächster gesetzlicher Erbe wäre, aber der Intestaterbfolge verlustig ging, hat auch kein Pflichttheilsrecht. Beispielsweise ist nicht pflichttheilsberechtigt, wer den Tod des Erblassers durch Vorsatz oder grobes Versehen verursacht hat,[3] ebenso wenig der Verwandte, welcher, obgleich im Besitz der nöthigen Mittel, einer Aufforderung zur Verpflegung seines hülflosen künftigen Erblassers nicht nachkam.[4] Folgerecht ist in solchen Fällen nicht besondere Anführung des Grundes der Enterbung im letzten Willen des Erblassers nöthig.[5]

b) Nach preußischem, wie nach gemeinem Recht kann der Fall eintreten, daß der nächste gesetzliche Erbe nicht pflichttheilsberechtigt ist, während der Erblasser Verwandte hinterläßt, welche Pflichttheilsrecht hätten, wenn sie die nächsten gesetzlichen Erben wären. Dann hat der Erblasser freie Hand, da solchenfalls Keinem ein Pflichttheilsanspruch zusteht. So ist es insbesondere nach preußischem Recht, wenn der Erblasser vollbürtige Geschwister oder Nachkommen solcher Geschwister und Ascendenten des zweiten oder dritten Grades hinterläßt. Denn die Geschwister, welche die nächsten gesetzlichen Erben wären, sind absolut nicht pflichttheilsberechtigt, und die Großeltern sind es relativ nicht, weil sie kein Intestaterbrecht haben, wenn der Erblasser vollbürtige Geschwister oder Kinder solcher hinterläßt.[6]

---

3) Vgl. oben § 101 Ziff. 1.

4) L. R. II, 3 § 23. Vgl. oben § 193 Anm. 3, dazu aber auch unten § 202 Anm. 15.

5) Dies unerachtet L. R. II, 2 §§ 408, 441, unten § 202 Anm. 15, § 204 Anm. 5 a. E.

6) L. R. II, 2 § 492, vgl. oben § 188 Ziff. 4. Die Inkonsequenz ist praktisch nicht sehr fühlbar, da das Pflichttheilsrecht entfernterer Ascendenten Manches gegen sich hat. Nach justinianischem Recht stand dem Pflichttheilsrecht der Ascendenten der minus plene adoptatus, welcher nächstes Intestaterbrecht, aber kein Pflichttheilsrecht hatte, im Wege, wie auch das Pflichttheilsrecht des halbbürtigen consanguineus durch die nähere Erbberechtigung von Kindern vorverstorbener vollbürtiger Geschwister ausgeschlossen war.

3. Das Landrecht spricht sich nicht darüber aus, welcher Zeitpunkt für die Frage zu Grunde zu legen sei, ob ein Pflichttheilsberechtigter da ist und wer dies ist. Im älteren römischen Rechte mochte man auf die Zeit der Testamentserrichtung sehen, da man nach diesem Augenblick beurtheilen mußte, ob der Erblasser in unsittlicher und unvernünftiger Weise verfügt hatte, so daß Rescission des ungesunden Testamentes eintreten konnte; bereits im späteren römischen Recht aber legte man die Zeit des Todes des Erblassers zu Grunde und frug sich, ob damals ein Pflichttheilsanspruch bestand.[7] Dies wird auch nach preußischem Recht gelten müssen.

4. Das römische Recht hatte die successio in querelam entfernterer Intestaterben für den Fall anerkannt, daß der nähere Intestaterbe mit Recht übergangen war, oder zwar mit Unrecht, aber die Querel nicht anstellte.[8] Auch für das preußische Recht besteht eine Succession in den Pflichttheil zu Gunsten der entfernteren Descendenten,[9] sowie der Ascendenten, wenn die näheren Descendenten aus einer gesetzmäßigen Ursache enterbt sind.[10]

II. Das Pflichttheilsrecht der Descendenten.

§ 198. Die pflichttheilsberechtigten Descendenten.

Das Pflichttheilsrecht ist zuvörderst mit Rücksicht auf die Descendenten des Erblassers eingehend darzustellen, da ihr Recht im Vordergrund der Lehre steht. Die Eigenthümlichkeiten der Pflichttheilsrechte der Ascendenten und Ehegatten reihen sich in besonderer, kürzerer Darstellung an.

1. Pflichttheilsberechtigt sind alle Descendenten, vorausgesetzt, daß sie zur Zeit des Todes des Erblassers die nächsten gesetzlichen Erben waren. Demnach können nicht bloß die Kinder ersten Grades, sondern auch die entfernteren Abkömmlinge pflichttheilsberechtigt sein.[1] Nachgeborene

---

7) Vgl. Schröder Notherbrecht S. 271. Derselbe beruft sich namentlich auf l. 34 C. de inoff. testamento 3, 28, wie auch auf l. 10 pr. C. de adopt. 8, 48. Anders Windscheid Bd. 3 § 579 Anm. 9. Aber die Succession in die Querel ist ein besonderes Recht, welches nicht verallgemeinert werden kann.

8) l. 31 pr. D. inofficioso testamento 5, 2: si is, qui admittitur ad accusationem nolit, aut non possit accusare, an sequens admittatur, videndum est: et placuit posse, ut fiat successioni locus; cfr. l. 14 D. eod. Die scheinbar entgegenstehende l. 34 C. eod. 3, 28 erklärt sich daraus, daß zur Zeit ihres Erlasses die successio graduum der entfernteren Descendenten bezüglich der Intestaterbfolge nur in beschränktem Maße stattfand, so daß sich auch die Succession in die Querel in engen Grenzen bewegen mußte, Schröder Notherbrecht S. 463.

9) L. R. II, 2 § 354.

10) L. R. II, 2 § 504.

1) L. R. II, 2 § 437. Das Gleiche gilt nach gemeinem Recht.

Descendenten sind pflichttheilsberechtigt, wenn sie zur Zeit des Todes des Erblassers bereits erzeugt waren.

2. Zu Gunsten der entfernteren Descendenten besteht eine besondere Bestimmung. Hatte nämlich der Erblasser in einem Testament seine näheren Descendenten bedacht, sei es mit Namen oder schlechthin als Kinder, und verstarben dieselben vor dem Erblasser, so sollen deren Nachkommen, sofern sie diesem gegenüber pflichttheilsberechtigt wären, wie letztwillig Bedachte an deren Stelle treten. Sie gelten also als Substituten und haben als solche[1a] einen Anspruch aus dem Testament auf das ihrem Parens Zugedachte. Demnach steht ihnen, soweit dieser nicht verletzt war, keine Klage wegen Pflichttheilsverletzung oder Uebergehung zu.[2]

3. Gemeinrechtlich ist die Bedeutung des Erbverzichts eines Descendenten für das Pflichttheilsrecht seiner Nachkommen bestritten.

1a) Dies also auch, wenn sie von ihrem Parens enterbt sind, oder dessen Erbschaft entsagt haben, Kam. Ger. Bd. 4 S. 57.

2) Nachdem L. R. II, 2 § 442 verfügt hat, daß bei Uebergehung eines Kindes oder eines Enkels die Pflichttheilsklage stattfindet, fährt § 443 fort: „Ist aber ein im Testamente eingesetztes Kind vor dem Erblasser verstorben, so treten dessen Abkömmlinge ganz an seine Stelle, wenn auch ihrer im Testamente nicht ausdrücklich gedacht wäre." Die Bestimmung beruht auf anderen Grundlagen als die von L. R. I, 12 § 526. Denn dort ist davon die Rede, was unter dem Ausdruck „Kinder" zu begreifen ist — vgl. oben § 122 Ziff. 6 — hier ist nicht vorausgesetzt, daß der Ausdruck „Kinder" gebraucht ist, vielmehr auch an Fälle gedacht, in welchen der Erblasser seine unmittelbaren Descendenten speciell, insbesondere unter ihrem Namen berief. Dies ist allgemein anerkannt. In anderen und wesentlichen Beziehungen gehen aber die Meinungen auseinander. Das Obertribunal hat sich Entsch. Bd. 57 S. 192 gegen die aus der allgemeinen Fassung des angef. § 443 hergeleitete Annahme ausgesprochen, daß überall und unbedingt, wo ein im Testament eingesetztes Kind vor dem Erblasser verstorben sei, dessen Abkömmlinge ganz an die Stelle des Eingesetzten träten. Aus dem Zusammenhang mit dem vorhergehenden Paragraphen ergäbe sich vielmehr, daß sich die Bestimmung nur auf pflichttheilsberechtigte Abkömmlinge des Erblassers beziehe, wie dies auch L. R. I, 12 § 526 besage. Hiernach, wird weiter geschlossen, träten „Abkömmlinge von Kindern, die im Testament eingesetzt, aber vor dem Erblasser verstorben sind, nicht unbedingt, sondern nur insoweit, als es sich um den Pflichttheil handelt, an deren Stelle." Es ist anzuerkennen, daß die Bestimmung des § 443 nur solchen Abkömmlingen zu Gute kommen soll, welche dem Erblasser gegenüber pflichttheilsberechtigt sind. Sollten aber jene Schlußworte der Obertribunalsentscheidung den Sinn haben, daß auch diese Nachkommen nur in den Pflichttheil, und nicht in das Mehr eintreten, was der Erblasser seinen unmittelbaren Kindern hinterließ, so wäre dies unrichtig, sie würden dann nicht „ganz" an deren Stelle treten. vgl. Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 111. Die Bestimmung lehnt sich an eine im älteren gemeinen Recht verbreitete Auffassung der s. g. transmissio Theodosiana an; die l. un. C. de his qui ante apertas tabulas 6, 52 hatte die Transmission der Erbportionen, welche Descendenten des Erblassers zugewendet waren, auf deren Descendenten vorgeschrieben für den Fall, daß die Eingesetzten nach dem Erblasser verstorben waren. Viele ältere gemeinrechtliche Schriftsteller wendeten dies auch auf den Fall an, wenn der eingesetzte Descendent bereits bei Lebzeiten des Erblassers verstorben war, und hierauf ruht das Landrecht. Es liegt also eine gesetzliche Substitution vor, wobei das Gesetz nicht sowohl, wie L. R. I, 12 § 526, dem zweideutigen, sondern dem fehlenden Willensausdruck des Erblassers zu Hülfe kommt, vgl. Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 244 ff., Kam. Ger. Bd. 7 S. 29, Bd. 8 S. 106.

Nach preußischem Rechte ist zu unterscheiden: Lebt der verzichtende Parens noch zur Zeit des Todes des Erblassers, so sind die entfernteren Descendenten schlechthin ausgeschlossen, denn das Vorhandensein ihres Parens steht ihrem Intestaterbrecht an sich entgegen und auf den Erbverzicht können sie sich nicht berufen, da er nicht zu ihren Gunsten, sondern im Interesse der erweiterten Verfügungsfähigkeit des Erblassers abgeschlossen ist. Ist dagegen der Verzichtende bereits vor dem Erblasser verstorben, so sind die entfernteren Descendenten desselben an sich dessen gesetzliche Erben und Pflichttheilsberechtigte, so daß sie ihr Erbrecht nicht auf den Verzicht, sondern auf die Thatsache, daß sie in ihrem Stamm die nächsten sind, gründen. Hier kann ihnen der Erbverzicht ihres Parens nur entgegengestellt werden, wenn sie dessen Erben geworden sind.[3]

4. Succession in den Pflichttheil findet zu Gunsten entfernterer gesetzlicher Erben statt, wenn der ihnen Vorhergehende aus einer wahren und gesetzmäßigen Ursache enterbt ist.[4] [5] Wenn aber der mit dem Pflichttheil bedachte Descendent des Erblassers das zugedachte Pflichttheil ausschlägt, so können die entfernteren Abkömmlinge desselben, welche nach der Regel der Intestaterbfolge an dessen Stelle rücken würden, keine Pflichttheilsrechte geltend machen.[6] Denn die Succession in den Pflichttheil ist eine für den Fall der Enterbung des Näheren getroffene Singularität, die auf andere Fälle keine Anwendung leidet.

5. Uneheliche Kinder — wie deren Abkömmlinge — haben gegenüber ihrer Mutter Pflichttheilsrechte.[7] Gegenüber ihrem Erzeuger haben

---

3) L. R. II, 2 §§ 357, 358. Vgl. oben § 181 Anm. 7 ff.

4) L. R. II, 2 § 504, oben § 197 Anm. 10.

5) Gärtner a. a. O. S. 450 Anm. 68 führt aus: Da die Wahrheit des Grundes, aus welchem die näheren Descendenten enterbt sind, eine Thatfrage ist, welche nur ihnen gegenüber ausgemacht werden kann, so folgt, daß die Entfernteren die Pflichttheilsklage in diesem Falle nicht eher anstellen können, bis die enterbten Descendenten entweder das Testament anerkannt, oder die zweijährige Verjährungsfrist haben verstreichen lassen, oder mit der angestellten Querel abgewiesen worden sind. — Dies ist unzutreffend; vielmehr genügt es zur Begründung der Klage des entfernteren Pflichttheilsberechtigten, daß der nähere Pflichttheilsberechtigte formgerecht enterbt wurde. Der Erbe kann die Gesetzmäßigkeit und Wahrheit des Enterbungsgrundes seinerseits nicht in Frage stellen und nicht einmal eine Einrede auf dieselbe gründen, da er die Erklärungen des Erblassers zu vertreten hat, siehe Koch Erbrecht S. 463. Die Enterbung gilt als rechtsbeständig, so lange sie der Enterbte nicht angegriffen und rechtskräftig beseitigt hat, vgl. unten § 204 Anm. 8. Der Erbe kann sich aber gegen die Gefahr einer Doppelzahlung dadurch schützen, daß er Sicherung verlangt oder die Pflichttheilsrate hinterlegt, vgl. R. C. P. O. § 72. Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 20 polemisirt gegen unsere Ausführungen.

6) Vgl. oben § 197 Ziff. 2. Hierher gehörige Fälle sind, daß der Pflichttheilsberechtigte zu Erben eingesetzt und ihm ein Fremder substituirt wurde, wie auch daß ein Fremder zu Erben eingesetzt und ihm die Entrichtung des Pflichttheils an den Descendenten des Erblassers als Vermächtniß aufgelegt war.

7) Vgl. L. R. II, 2 § 656.

sie solche nicht, auch wenn die Bedingungen ihres Intestaterbrechts gegen denselben gegeben sind.[8] Legitimirte Kinder,[9] ferner aus nichtiger oder für ungültig erklärter Ehe Entstammte[10] haben soweit Pflichttheilsrechte als Intestaterbrecht.

6. Von den angenommenen Kindern hatte nach römischem Recht der minus plene adoptatus kein Pflichttheilsrecht, sondern nur ein Intestaterbrecht gegen den Adoptivvater; dem plene adoptatus stand gegen den Adoptivvater und die Agnaten desselben wie einem natürlichen Verwandten Pflichttheilsrecht zu, dagegen ist sehr bestritten, welche Pflichttheilsrechte er gegen seine leiblichen Ascendenten geltend machen konnte.[11] Nach preußischem Recht erhält das Adoptivkind Pflichttheilsrecht wie Erbrecht gegen seine Adoptiveltern, nicht aber gegen deren Ascendenten; es behält seine Pflichttheilsrechte in seiner natürlichen Familie.[12]

§ 199. Die Quote des Pflichttheils der Descendenten.

1. Während die klassische Jurisprudenz den Pflichttheil ein- für allemal auf ein Viertel der Intestatportion setzte, hat Justinian denselben in der Novelle 18 abgestuft, und zwar, falls 4 Kinder oder weniger vorhanden sind, auf $1/3$, falls aber 5 oder mehr vorhanden sind, auf $1/2$ der Intestatportion gesetzt.[1] Dies soll entsprechend auf andere Pflichttheilsberechtigte angewendet werden.[2] Der Grundgedanke der Novelle, nach welchem der Pflichttheil einen um so größeren Theil der gesetzlichen Erbportion bildet, je kleiner die auf den Pflichttheilsberechtigten entfallende Erbportion ist, entspricht der Billigkeit. Wenig glücklich aber ist dessen Ausführung, da nach dieser durch Hinzutreten eines neuen Pflichttheilsberechtigten die Höhe des Pflichttheils nicht bloß relativ, sondern absolut steigen kann. Denn beim Vorhandensein von 4 Pflichttheilsberechtigten ist hiernach der Pflichttheil eines Jeden gewöhnlich $1/12$, beim Vorhandensein von 5 gesetzlichen Erben $1/10$ des Nachlasses.

---

8) L. R. II, 2 § 655 und oben § 192 Ziff. II. Dies galt auch für Kinder aus Ehen zur linken Hand. L. R. II, 2 § 585.

9) Vgl. L. R. II, 2 §§ 603, 604, und oben § 186 Buchst. d.

10) L. R. II, 2 §§ 50 ff., oben § 186 Buchst. b.

11) Die neueste Bearbeitung dieser Frage ist von Schröder Notherbenrecht S. 230 ff.

12) L. R. II, 2 § 691 und oben § 186 Buchst. e.

1) Nov. 18 praef. cap. 1 und 2.

2) Freilich ist dies seit der Justinianischen Zeit bestritten gewesen. Gegen die Ausdehnung Marezoll in Lindes Zeitschrift Bd. 1 S. 251 ff., Bd. 5 S. 178 ff. Grundsätzlich wird die Ansicht des Textes, welche als herrschende anzusehen ist, auch in der Mark angewendet, vgl. v. Scholtz-Hermensdorff Bd. 2 S. 159, namentlich in dem Falle, daß ein Ascendent mit 4 Geschwistern des Erblassers in der Erbfolge zusammentrifft.

2. Im Entwurf des Gesetzbuches für die preußischen Staaten war vorgeschlagen, den Pflichttheil durchweg auf die Hälfte der Intestatportion zu setzen.[3] Bei der Schlußredaktion des Gesetzbuchs, und im Landrecht kam man jedoch bezüglich der Descendenten auf die Grundauffassung der Novelle 18 zurück, machte eine dreifache Abstufung, und stellte den Pflichttheil auf $1/3$ des gesetzlichen Erbtheils fest, wenn nur ein oder zwei Kinder vorhanden sind; auf $1/2$ derselben, wenn drei oder vier Kinder; und auf $2/3$, wenn mehr als 4 Kinder hinterblieben.[4] Gewöhnlich beträgt der Pflichttheil demnach $1/6$ des Nachlasses, mögen 2 oder 3 Kinder vorhanden sein; bei 4 Kindern aber macht er $1/8$ und bei 5 Kindern $2/15$ aus, so daß das gleiche Mißverhältniß, wie nach der Novelle, Platz greift.

In Folge dessen ist die herkömmliche Formel des gemeinen Rechtes, wonach der als Fünfter Hinzutretende partem facit ad minuendam, numerum ad augendam legitimam, auch für das preußische Recht passend und bezieht sich auch auf den als Dritten Hinzutretenden.

3. Die Frage, wer als Miterbe mitzuzählen ist, bietet manche Schwierigkeit. Zu Grunde zu legen ist auch in dieser Hinsicht die Zeit des Todes des Erblassers, weil von da ab der Pflichttheilsanspruch erwächst.[5] Hieraus ergiebt sich im Einzelnen:

a) Sämmtliche zur Todeszeit vorhandene intestaterbberechtigte Descendenten sind mitzuzählen. Ordensgeistliche, welche Verstorbenen gleichstehen, kommen nicht in Betracht, weil sie kein Intestaterbrecht haben.[6]

---

3) Entwurf des Gesetzbuches für die preußischen Staaten von 1784 Th. I, Tit. 2 §§ 307 und 371.

4) L. R. II, 2 § 392. Die Rechtfertigung dieser Bestimmungen giebt Suarez Vorträge bei der Schlußrevision Promemoria K., S. 165 in v. Kamptz Jahrbuch Bd. 41.

5) Die Römer kannten ein Recht der Anwachsung in die Querel, welches freilich zu manchen Zweifeln Anlaß giebt, l. 23 § 2 D. de inofficioso test. 5, 2: si duo sint filii exheredati et ambo de inofficioso testamento egerunt et unus postea constituit non agere, pars ejus alteri adcrescit, idemque erit, et si tempore exclusus sit, l. 17 pr. D. eod., vgl. Schröder a. a. O. S. 461. Gegen die Uebernahme dieser Akkrescenz in das preußische Recht haben sich u. A. ausgesprochen Gärtner a. a. O. S. 457 und Koch Erbrecht S. 465 ff. Letzterer führt die Akkrescenz auf die angeblich im römischen Recht geltende Kollektivberechnung — oben § 197 z. A. — zurück, wonach den Pflichttheilsberechtigten insgesammt ein Theil des Nachlasses zukomme und unter sie zu vertheilen sei, womit die Akkrescenz allerdings gegeben wäre; nach preußischem Recht aber, wo die Distributivberechnung gelte, falle sie, folgert er, nothwendig weg, denn da jedes Kind nur einen Anspruch auf eine Quote seiner Intestatportion erhalte, so kämen die anderen Intestatportionen nicht in Betracht. Mit mehr Recht sieht Gärtner den Grund der römischen Akkrescenz darin, daß die Querel auf Rescission des Testaments gerichtet war und die Intestaterbfolge eröffnete. Da auch dies nach preußischem Recht nicht der Fall ist, so hat das Zuwachsungsrecht hier keinen Boden. So Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 214, vgl. Eccius Bd. 4 § 272 am Schluß.

6) Oben § 95 bei Anm. 6; vgl. Codex Fabrianus 3, 19 def. 8. Ordensgeistliche machen weder partem noch numerum.

b) Ein besonderes Recht gilt bezüglich der durch Reskript Legitimirten. Dasselbe stammt aus der älteren gemeinrechtlichen Doktrin. Nach justinianischem Recht sollte die Legitimation durch Reskript nur zulässig sein, wenn der natürliche Vater keine ehelichen Descendenten hatte.[7] Die gemeinrechtlichen Juristen stritten über die Geltung dieser Bestimmung, da Justinian der Privilegienhoheit späterer Fürsten keine Schranken habe setzen können, und erklärten sich überwiegend für die Zulässigkeit der Legitimation auch beim Vorhandensein ehelicher Kinder des Legitimirenden, es sei denn, daß dasselbe im Gesuch verschwiegen und damit das Reskript erschlichen wäre.[8] Dem Einwurf, daß in die Privatrechte Dritter mittels Reskript des Regenten nicht eingegriffen werden dürfe, begegnete man durch die Annahme, daß die gedachte Legitimation unbeschadet des Pflichttheilsrechts der vorhandenen ehelichen Kinder geschehe.[9] War dies auch nicht folgerecht, da die ehelichen Kinder bei Lebzeiten ihres Vaters ein erworbenes Recht auf ein bestimmtes Maß des Pflichttheils nicht besaßen, so wurde es doch im älteren gemeinen Recht herrschende Meinung. Hiernach bestimmt auch das Landrecht, daß, falls der Vater zu der Zeit als er sein uneheliches Kind durch Reskript legitimiren ließ, schon eheliche Descendenten hatte und in der Folge einem dieser Descendenten nur seinen Pflichttheil hinterließ, bei dessen Berechnung das legitimirte Kind nicht gezählt werden soll.[10] Da die Bestimmung nur zu Gunsten der ehelichen Kinder getroffen ist, so folgt, daß sich ihr Pflichttheil durch Hinzutreten des Legitimirten vergrößert, wenn dieser die Zahl 3 oder 5 voll machen sollte, denn die Testamentserben können sich nicht auf die singuläre Bestimmung, die zu ihren Ungunsten getroffen ist, berufen.[11]

Die Sonderbestimmung kommt den nach der Legitimation geborenen ehelichen Kindern des Legitimirenden nicht zu Statten. Treffen daher mit dem durch Reskript Legitimirten vorher und nachher geborene eheliche Kinder zusammen, so ist für jede der beiden Klassen besondere Rechnung anzulegen.[12]

c) Nach gemeinem Recht ist streitig, ob Descendenten, welche bei Lebzeiten des Erblassers in gültiger Weise auf dessen Erbschaft verzichteten,

---

7) Nov. 89 cap. 9.
8) Glück Bd. 2 S. 275.
9) Glück Bd. 2 S. 275, S. 272 Anm. 43.
10) L. R. II, 2 § 607. Koch Erbrecht S. 485 meint mit Unrecht, es sei dies „neuerfundenes Recht, welches den Keim unabsehbarer Streitigkeiten in sich trägt.“ Ueber die Frage wurde bei der Redaktion des Landrechts gestritten, vgl. Bornemann Bd. 5 S. 358, dabei aber nicht auf die bestehende Praxis, sondern auf allgemeine Erwägungen zurückgegangen.
11) A. Ansicht Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 35 in Folge bloßer Wortinterpretation.
12) So Koch Erbrecht S. 486.

bei Berechnung des Pflichttheils der anderen Descendenten mitzuzählen seien. Manche Aeltere unterschieden, ob der Verzicht gegen Abfindung erfolgte, denn hier habe der Verzichtende den Pflichttheil erhalten und könne nicht noch einmal nach dem Tode des Erblassers mitgezählt werden, oder ob er ohne Abfindung verzichtete, in welchem Falle er mitzuzählen sei.[13] Die herrschende Ansicht ging in der früheren Zeit dahin, daß der Erbverzichtende, welchen man von Rechtswegen als gesetzlichen Erben erachtete, mitgezählt werden müsse.[14] Dagegen nehmen neuere gemeinrechtliche Schriftsteller fast einhellig die Nichtberücksichtigung des Verzichtenden an, da er durch den Erbverzicht aus der Reihe der Intestaterben vor dem Tode des Erblassers vollständig ausgeschieden sei.[15] Das Landrecht hat sich der älteren Ansicht angeschlossen, welche den Verzichtenden mitzählt.[16] Sie erscheint uns auch der Sache nach richtig, weil die Grundidee des Pflichttheils ist, dem Berechtigten einen Theil dessen zuzuwenden, was er nach der allgemeinen Regel des Rechtes ab intestato erlangt hätte, so daß besondere Verfügungen über die Beerbung, mögen sie in Testamenten, Erbverträgen oder Erbverzichten enthalten sein, bei der Bemessung des Antheils nicht in Betracht kommen.

d) Mitzuzählen ist auch das Kind, welches vom Erblasser rechtmäßig enterbt wurde,[17] weil es ab intestato miterben und das gesetzliche Erbtheil seiner Geschwister schmälern müßte. Tritt es als Dritter oder Fünfter hinzu, so wächst also der Pflichttheil, wie derselbe in anderen Fällen durch seine Konkurrenz vermindert wird.[18]

---

13) So Berger oeconomia juris lib. 2 tit. 4 th. 16 not. 4 n. 2. Das Umgekehrte stellte Voet ad Pand. h. t. 5, 2 §§ 49. 50 auf.

14) Vgl. Glück Bd. 7 S. 136 und die dort angeführten Schriftsteller.

15) Francke Notherbenrecht S. 217, Mühlenbruch bei Glück Bd. 35 S. 265 ff., Vangerow Bd. 2 § 475 Anm. 1 n. 3, Windscheid Bd. 3 § 580 Anm. 4 a. E. Die entgegengesetzte Ansicht hat jedoch Gerber d. P. R. § 264 Anm. 2, indem er den Verzichtenden dem Enterbten gleichstellt.

16) L. R. II, 2 § 488. Das Obertribunal hat jedoch — Entsch. Bd. 38 S. 207 — bezüglich der nach einzelnen Partikularrechten mit der Wirkung der s. g. Todtheilung abgeschichteten Kinder entschieden, daß sie bei Berechnung des Pflichttheils der aus einer weiteren Ehe ihres Parens herstammenden Kinder nicht mitzählen, weil dieselben diesen gegenüber wie verstorben anzusehen seien. Dagegen erklärt sich Koch Erbrecht S. 881.

17) L. R. II, 2 § 417. Auch gemeinrechtlich ist derzeit nicht mehr bestritten, daß exheredatus partem facit ad minuendam, numerum ad augendam legitimam. Francke Notherbenrecht S. 212, Schröder a. a. O. S. 280.

18) Koch Erbrecht S. 484 meint freilich, die Aufnahme des römischen Grundsatzes, daß auch die Enterbten mitgezählt würden, sei widersinnig, weil nach römischem Recht dadurch der Vortheil der Pflichttheilsberechtigten bezweckt und nach der Kollektivberechnung des Pflichttheils auch erreicht worden sei, während ihnen nach der Distributivberechnung des Landrechts — oben § 197 Ziff. I — diese Vorschrift zum Nachtheil und dem fremden Testamentserben zum Nutzen gereiche. In Wahrheit liegt aber nur eine Folge der allgemeinen Grundsätze vor, die nach römischem und preußischem Recht gleichmäßig meist zum Nachtheil, zuweilen zum Vortheil der Pflichttheilsberechtigten wirken.

e) Das Gesetz läßt die Frage der Berechnung des Pflichttheils offen, falls der überlebende Ehegatte des Erblassers als Miterbe mit dessen Descendenten zusammentrifft.

Aeltere gemeinrechtliche Juristen wollten die Portion des Ehegatten als Schuld von der Erbmasse abziehen und den Pflichttheil der Kinder aus der übrigen Masse entnehmen, wie wenn dieselben allein betheiligt wären. Andere berechneten den Pflichttheil der Descendenten aus der Gesammtmasse ohne jede Rücksicht auf den miterbenden Ehegatten. Beide Auffassungen tragen der Thatsache nicht Rechnung, daß der überlebende Ehegatte ein Erbrecht hat, daß also durch sein Vorhandensein die Intestatportion der Kinder geschmälert wird, aus welcher ihr Pflichttheil zu gewinnen ist. Die derzeit im gemeinen Recht herrschende Ansicht zählt daher den Ehegatten als Intestaterben mit, so daß sich durch seine Konkurrenz die zu Grunde zu legende Intestatportion der Kinder vermindert, daß andererseits aber auch, weil sich die Zahl der Betheiligten vermehrt, deren Pflichttheilsquote durch diese Konkurrenz wachsen kann.[19] Die Schriftsteller über preußisches Recht nehmen zwar denselben Grundsatz an, lassen also in Folge der Mitzählung des Ehegatten des Verstorbenen eine Verringerung der Intestatportion der Kinder eintreten, dagegen soll nach ihrer Ansicht behufs Erhöhung der Pflichttheilsquote der Ehegatte nicht in Betracht kommen, da sich dieselbe nach den Worten des Gesetzes durch die Zahl der vorhandenen Kinder bestimmt.[20] Diese Behandlungsweise ist nicht folgerecht und nicht anzuerkennen. Das Gesetz hat nur für den einfachsten Fall seine Bestimmung getroffen, für den verwickelten der Konkurrenz eines Ehegatten muß Analogie eintreten.

Der Ehegatte ist aber nicht mitzuzählen, wenn er nach rechtsgültigem Vertrag an der Erbschaft nicht betheiligt ist.[21] [22]

---

19) Vgl. Glück Bd. 7 S. 99 ff., Francke Notherbenrecht S. 218 ff. und dort Angeführte.

20) Vgl. L. R. II, 2 § 392 oben Anm. 4. Koch Erbrecht S. 496, Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 120, Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 26.

21) Dies, weil nach L. R. II, 1 § 438 die gesetzliche Erbfolge der Ehegatten nur eintritt, soweit Verträge nichts über sie bestimmen, so daß sie nur bedingterweise Intestaterben sind. Vgl. auch oben § 177 bei Anm. 16. — Im Fall von Striethorst Archiv Bd. 66 S. 338 war der Ehegatte in Folge des Erbvertrages an der Erbschaft mitbetheiligt.

22) Die besondere Natur des Rechtes des Ehegatten auf den Nachlaß des Vorverstorbenen nach Statutarrecht kann auf die Anwendung der dargestellten Sätze einwirken. Hat der Ueberlebende hiernach nur ein gesetzliches Vermächtnißrecht, so ist er nicht als Erbe mitzuzählen. Hervorzuheben ist auch, daß nach Märkischem Provinzialrecht der überlebende Ehegatte bei Bemessung des Pflichttheils der Verwandten nicht mitgerechnet wird; der Pflichttheil wird nach dem gesammten Betrag des eigenen Vermögens des Erblassers berechnet, ohne Rücksicht darauf, ob der überlebende Ehegatte von dem statutarischen Erbrecht Gebrauch macht und demgemäß sein Vermögen in die Erbmasse mit einwirft oder nicht, siehe v. Scholtz-Hermensdorff Bd. 2 S. 241, Heydemann Elemente S. 374 ff., Entsch. des O. Trib. Bd. 68 S. 178.

f) Auch die Frage, wie der Pflichttheil der Enkel berechnet wird, ist vom Gesetz nicht beantwortet.

Die älteren gemeinrechtlichen Juristen behaupteten überwiegend, der Pflichttheilsanspruch der Enkel bemesse sich danach, was seinen Eltern gebührt hätte, wenn sie den Testator überlebt hätten, es sei also allein die Zahl der Stämme für die Höhe der Pflichttheilsquote entscheidend.[23] Doch fanden sich Vertreter der Ansicht, wonach dann, wenn die gesetzlichen Erben nur Enkel durch ein vorverstorbenes Kind des Erblassers seien, die Zahl der Köpfe entscheiden solle.[24] Später ergänzte man den Satz, wonach dem einzelnen Enkel beim Vorhandensein von mehr als 4 Descendentenstämmen die Hälfte seines gesetzlichen Erbtheils zukomme, durch den Zusatz, daß ein gleicher Vortheil jedem Enkel gebühre, der neben 4 oder mehr Enkeln in demselben Stamm stehe.[25] Die derzeit im gemeinen Recht überwiegende Ansicht endlich geht dahin, daß für jeden einzelnen Enkel die Höhe des Pflichttheils nach dem Maße seines gesetzlichen Erbtheils besonders zu berechnen sei, wonach dieselbe also ein Drittel seiner Intestatportion bildet, wenn Letztere ein Viertel des Nachlasses oder mehr beträgt, dagegen die Hälfte, wenn die Intestatportion unter einem Viertel bleibt.[26] Nur so werde, nimmt man an, der Grundgedanke des Gesetzes verwirklicht, den kleineren Intestatportionen in höherem Maße als den größeren zu Hülfe zu kommen, so daß die Pflichttheilsquote stets wachsen müsse, wenn die Intestatportion kleiner sei, und sich vermindere, wenn sie größer sei als ein Viertel des Nachlasses.

Die preußische Theorie und Praxis hat an dem Satze festgehalten, daß die Enkel und weiteren Abkömmlinge niemals eine größere Quote als Pflichttheil beanspruchen können, als ihrem Ascendenten gebührt hätte, so daß die Zahl der Stämme, und nicht die Zahl der Enkel entscheidet.[27] Dies entspricht dem Gedanken, welcher bei der Descendentenerbfolge maßgebend ist, wonach die Enkel erhalten sollen, was beim regelmäßigen Gang der Dinge, bei welchem der entferntere Ascendent vor dem näheren stirbt, an sie gekommen wäre. Der Grundsatz, je kleiner das Erbtheil, desto größer der Pflichttheil, tritt hiergegen zurück.

---

23) Glück Bd. 7 S. 60 ff. und dort Angeführte.

24) So Codex Fabrianus lib. III, tit. 19 def. 37, Carpzow jurisprudentia forensis p. III, const. 12 def. 11.

25) Mühlenbruch bei Glück Bd. 35 S. 275, Keller Pandektenvorlesung § 513.

26) Diese Ansicht theilt u. A. Vangerow Bd. 2 § 475 Anm. 1 unter 4, Schröder a. a. O. S. 291. Dernburg Pand. Bd. 3 § 150 Anm. 2.

27) Das Obertribunal hat dies Entsch. Bd. 17 S. 305 ff. ausgesprochen, indem es den Ausdruck „Kinder“ in L. R. II, 2 § 392 — oben Anm. 4 — auf die Kinder ersten Grades beschränkt. Gleicher Ansicht sind die Schriftsteller, u. A. Witte Intestaterbrecht S. 52, Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 117, Koch Erbrecht S. 938 ff., Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 37.

§ 200. Ausmittelung des Betrages des Pflichttheils.

1. Der Betrag des Pflichttheils ergiebt sich aus dem Reinbetrag des Geldwerthes des Nachlasses, nach welchem der Werth des gesetzlichen Erbtheils und weiter durch Theilung des Pflichttheils zu bestimmen ist.

Die Schätzung hat zu geschehen nach dem gemeinen Werth des Nachlasses. Dabei ist die Zeit des Todes des Erblassers[1] zu Grunde zu legen. Spätere Vergrößerungen wie Verringerungen des Nachlasses kommen daher für die Berechnung des Pflichttheils nicht in Betracht.[2] Wer jedoch auf den Pflichttheil als „Erbe" eingesetzt ist, hat in Folge dessen, wie jeder Erbe, Theil an Vortheil und Verderb der gemeinsamen Masse.[3]

2. Der Reinbetrag des Nachlasses bestimmt sich durch Vergleichung der Summe seiner Aktiven und seiner Passiven.[4] In die Aktiven sind einzurechnen nicht bloß die dem Erblasser eigenen Sachen, sondern auch, was er als gutgläubiger Besitzer innehat, ferner Rechte, insbesondere Forderungen und zwar auch solche an den Erben, welche in Folge des Anfalles der Erbschaft durch Konfusion untergingen. Auch der Anspruch auf die Versicherungssumme aus einer Lebensversicherung gehört richtiger Ansicht nach zum Nachlaß, soweit der Erblasser nicht unter Lebenden rechtsgültig über sie verfügte.[5] Betagte Ansprüche sind mit dem Zwischenzins zu berechnen, Vermögen, dessen Erwerb von dem Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängt, ist zunächst nicht zu berücksichtigen, doch ist eine Nachforderung im Fall des Eintrittes der Bedingung begründet; unter auflösender Bedingung erworbenes Vermögen ist wie unbedingt erworbenes einzurechnen, vorbehaltlich der Rückzahlung des

1) R. G. Bd. 23 S. 229. Vgl. § 12 des Gesetzes vom 30. Mai 1873 betreffend die Erbschaftssteuer. So bestimmte das römische Recht l. 6 C. de inofficioso testamento 3, 28: quum quaeritur, an filii de inofficioso patris testamento possint dicere, si quartam bonorum partem mortis tempore testator reliquit, inspiciendum est. Das Gleiche nehmen für das preußische Recht an Koch Erbrecht S. 493, Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 125 und das dort angeführte Erkenntniß des Obertribunals, sowie Schulzenstein a. a. O. S. 163, 264.

2) R. G. Bd. 23 S. 230. Schröder a. a. O. S. 295, vgl. l. 44 § 2 D. de bonis libert. 38, 2. Dagegen hat das Obertribunal vom Standpunkt der erbrechtlichen Theorie aus mehrfach entschieden, daß der Pflichttheilsberechtigte an den Nutzungen des Nachlasses Theil habe, Striethorst Archiv Bd. 2 S. 361, Bd. 16 S. 323, Entsch. Bd. 31 S. 41.

3) Francke Notherbenrecht S. 226, Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 122. Eine rechnerische Feststellung des Betrages des Pflichttheils ist in diesem Fall überhaupt nicht erfordert.

4) Die Vorschriften des Erbschaftssteuergesetzes vom 30. Mai 1873 bezüglich der Ermittelung des Werthes des Nachlasses werden entsprechend zur Anwendung zu bringen sein, soweit sie auf allgemeinen Grundsätzen und nicht auf den besonderen Verhältnissen der Erbschaftssteuer beruhen. Vgl. unten § 233 Ziff. II.

5) Vgl. oben Bd. 2 § 239 Anm. 15.

Zuvielgezahlten im Fall des Eintrittes der Bedingung.[6] Unsichere Forderungen sind mit dem muthmaßlichen Werth in Anschlag zu bringen.[7] Immerwährende Nutzungen werden zum Zwanzigfachen kapitalisirt.[8] Fideikommisse, Lehen, auch Niftel und Heergeräthe fallen nicht in die Masse.[9] Von dem Bruttoertrag der Masse sind abzuziehen die Lasten der Erbschaft und die Schulden, welche dem Pflichttheilsberechtigten auch als gesetzlichem Erben obgelegen und dessen Antheil gemindert hätten. Es gehören hierher die Kosten des Begräbnisses des Erblassers, die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten der Inventarerrichtung, sowie der Nachlaßregulirung, des Aufgebots der Nachlaßgläubiger, und der im Interesse der Masse geführten Prozesse, nicht aber die Kosten der Erbschaftssteuer und die Kosten der zwischen den Erbschaftsbetheiligten in ihrem besonderen Interesse geführten Prozesse, oder des Aufgebots unbekannter Erben, da es sich in allen diesen Fällen nicht um Lasten der Masse handelt, sondern um Auslagen, welche in der Person des Erben entstehen.[10] Auslagen und Verwendungen auf die Masse, die in Folge des fortgesetzten Besitzes derselben nach dem Tode des Erblassers nothwendig wurden, z. B. später fällige Abgaben, berühren den Pflichttheilsberechtigten nicht. Lasten und Schulden unter einer auflösenden Bedingung werden zunächst wie unbedingte in Anschlag gebracht; diejenigen unter aufschiebender Bedingung während der Schwebezeit sind noch nicht einzurechnen. Beim Eintritt der Bedingung ist das Zuvielgezahlte zurückzufordern, das Zuweniggezahlte nachzuleisten.[11]

3. Dritten vermachte Gegenstände, sowie solche Schenkungen, welche nde Vermächtnissen gleich behandelt werden,[12] sind in die Nachlaßaktiven einzurechnen. Sehr zweifelhaft aber ist, ob und inwieweit dem Nachlaß diejenigen vom Erblasser bei seinen Lebzeiten vergabten Sachen zuzuzählen sind, welche der Kollation unterliegen und in den Pflichttheil eingerechnet werden? Die Verneinung liegt nahe, denn es ist offenbar, daß sie zum Nachlaß im eigentlichen Sinne nicht gehören. Dennoch konnten sich bereits gemeinrechtliche Schriftsteller der Nothwendigkeit nicht verschließen, solche Zuwendungen unter Lebenden, welche dem Pflichttheilsberechtigten auf den Pflichttheil in Ansatz kommen, dem Nachlaß, aus welchem sich die Höhe des Pflichttheils

6) Erbschaftssteuergesetz § 20, vgl. jedoch R. G. Bd. 23 S. 230, 232.

7) Vgl. Erbschaftssteuergesetz § 23, R. G. Bd. 23 S. 229, S. 232.

8) Erbschaftssteuergesetz § 13, dort finden sich auch Bestimmungen über Nutzungen auf Zeit.

9) Vgl. L. R. II, 2 § 397. Vgl. noch Striethorst Archiv Bd. 10 S. 51.

10) Vgl. Erbschaftssteuergesetz § 5.

11) Vgl. Erbschaftssteuergesetz § 21, vgl. l. 8 § 9 D. de inofficioso testamento 5, 2; l. 72 D. ad legem Falcidiam 35, 2.

12) Vgl. L. R. I, 11 §§ 1135, 1136, oben § 154 bei Anm. 14 und 19.

bemißt, zuzurechnen, da sonst das Ergebniß ein schiefes sein muß.[13 14] Die preußische Jurisprudenz hat dies nicht verkannt, sie ist aber noch einen Schritt weiter gegangen. Es sind nicht bloß diejenigen kollationspflichtigen Gegenstände dem Nachlaß zuzurechnen, welche dem Pflichttheilsberechtigten in seinen Pflichttheil eingerechnet werden, sondern neben denselben auch die Ausstattungen seiner Miterben.[15]

4. Behufs Erhaltung und Ermittelung des Nachlaßbetrages ist der Pflichttheilsberechtigte, wie jeder andere Interessent, nach dem Tode des Erblassers zur Betreibung von Sicherungsmaßregeln befugt, insbesondere zum Antrag auf Siegelung. Auch später kann er diese beanspruchen, wenn die Bedingungen eines Arrestes vorliegen.[16] Des Weiteren ist der Pflichttheilsberechtigte befugt, von den eingesetzten Erben die Legung eines vollständigen, auf Verlangen eidlich bekräftigten Nachlaßinventars zu fordern. Hierin liegt ein wesentliches Zubehör des Pflichttheilsrechts, da das Inventar in vielen Fällen die unentbehrliche Grundlage für die Geltendmachung des Anspruches bilden wird.[17] Daher kann der Erblasser dem Erben die Pflicht zur Legung eines solchen Inventars zum Nachtheil des Pflichttheilsberechtigten nicht erlassen.[18] Die Verpflichtung zu derselben ist auch nicht

---

13) Vgl. Francke Notherbenrecht S. 239, welcher mit Recht bemerkt: wenn der Erblasser, welcher 12 000 im Vermögen hatte, seiner einzigen Tochter 3000 als Dos giebt und nun mit Hinterlassung von 9000 stirbt, so ist freilich 3000 = $1/_3$ von 9000, aber der Tochter fehlen doch 1000 am Pflichttheil, da ihr $1/_3$ vom ganzen Vermögen gebührte. Ihre 3000 sind daher zum Nachlaß zu rechnen, weil sie sonst durch die Dotation schlechter gestellt würde, als wenn dieselben im Vermögen des Vaters geblieben wären.

14) Die nov. 92 cap. 1 will pflichtwidrige Schenkungen in den Nachlaß eingerechnet haben, die Ausdehnung auf andere Konferenda verneint u. A. Seuffert Archiv Bd. 4 Nr. 68.

15) Daß die Konferenda, sofern sie den Betrag der Erbportion vergrößert haben würden, ebensogut bei Berechnung des Nachlasses berücksichtigt werden müßten, wie sie dem Pflichttheilsberechtigten anzurechnen sind, hat das Obertribunal Rechtsfälle Bd. 4 S. 397 erkannt. Aehnlich Entsch. Bd. 31 S. 30 ff. Verklausulirt ist das dieser Entscheidung entnommene Präjudiz 2620 gefaßt: „der Pflichttheil ist, wenn der Pflichttheilsberechtigte oder die anderen Kinder oder beide Theile Ausstattungen erhalten haben, und der Nachlaß zur vollständigen Ausgleichung der Ausstattungen ausreicht, so zu berechnen, als ob die kollationsfähigen Gegenstände, welche das eine oder das andere Kind erhalten hat, noch im Nachlaß vorhanden wären." Grundsätzlich einverstanden sind Koch zu L. R. II, 2 § 393, Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 132.

16) Vgl. A. G. O. II, 5 § 8 ff. Schultzenstein Lehre vom Pflichttheilsrecht S. 176. Kam. Ger. Bd. 4 S. 63.

17) Dies wird für das gemeine Recht u. A. angenommen bei Mühlenbruch Bd. 35 S. 293, Seuffert Archiv Bd. 5 Nr. 35, Bd. 7 Nr. 212, für das preußische bei Striethorst Archiv Bd. 19 S. 196, bei Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 216, Schultzenstein a. a. O. S. 177. Ueber den Offenbarungseid vgl. A. G. O. I, 22 § 29 Ziff. 3, „erbschaftliche Gläubiger"; vgl. für das gemeine Recht R. G. Bd. 8 S. 164.

18) Francke Notherbenrecht S. 249, Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 218, vgl. L. R. II, 18 §§ 393, 404.

etwa davon abhängig, daß der Berechtigte seine Verkürzung im Pflichttheil darthut, vielmehr genügt der Nachweis, daß er an sich pflichttheilsberechtigt ist, zur Begründung des Begehrens.[19] Das Inventar ist nach dem Zustande der Erbschaft zur Zeit des Todes des Erblassers aufzustellen; Rechnungslegung über spätere Erträgnisse kann nicht gefordert werden.[20] Auf gerichtliche Errichtung des Inventars hat der Pflichttheilsberechtigte dann ein Recht, wenn der Nachlaß zu seiner Sicherheit gerichtlich versiegelt worden war.[21]

5. Der Werth der Nachlaßbestandtheile ist durch Taxe festzustellen.[22] Der Pflichttheilsberechtigte kann nicht behufs Ausmittelung des Werthes gerichtliche Versteigerung der Nachlaßgrundstücke fordern. Denn als Pflichttheilsberechtigter ist er nicht Miterbe, sondern hat nur eine Forderung auf eine Werthquote.[23]

§ 201. Einrechnung auf den Pflichttheil.

Ist der Sollbetrag des Pflichttheils festgestellt, so ist andererseits der Istbetrag desselben zu ermitteln, wenn die Verkürzung des Pflichttheilsberechtigten in Frage steht. Dies geschieht durch Zusammenrechnung aller Zuwendungen, mittels deren der Erblasser seinen Verpflichtungen gegen den Pflichttheilsberechtigten Genüge leistet. Hierbei ist einzurechnen:

1. Alles, was das Kind auf den Sterbefall, unter welchem Namen es wolle, vom Erblasser erhielt,[1] also namentlich, was ihm durch Erbeseinsetzung, durch Nichtentziehung seines gesetzlichen Erbrechts, durch Vermächtnisse, sowie durch Schenkungen von Todeswegen zugewendet ist.

Es erhebt sich die Frage, ob der Pflichttheil durch Substitutionen, sowie durch später anwachsende Portionen oder durch ein s. g. conditionis implendae causa datum gültig gewährt werden kann. Der Zweifel liegt darin, daß der Erblasser den Pflichttheil im Augenblick seines Todes hinterlassen muß, während

19) Gruchot Beiträge Bd. 11 S. 80. Der Inanspruchgenommene kann sich der Verurtheilung dadurch entziehen, daß er nachweist, daß eine Verkürzung des Klägers im Pflichttheil nicht stattfindet, z. B. durch Anerkenntniß des Klägers.

20) Striethorst Archiv Bd. 34 S. 122, oben bei Anm. 2.

21) L. R. I, 9 § 437, A. G. O. II, 5 § 40. Schultzenstein a. a. O. S. 179.

22) L. R. I, 2 § 116. R. G. Bd. 23 S. 229.

23) Schultzenstein a. a. O. S. 165, 262. Auf die bezügliche Streitfrage ist unten zurückzukommen § 245 Anm. 16, vgl. auch § 206 Anm. 7.

1) L. R. II, 2 § 396. Wenn hier und im § 393 des Titels von „anrechnen" auf den Pflichttheil die Rede ist, so soll dies nicht, wie die Anhänger der erbrechtlichen Theorie behaupten, den Sinn haben, daß die betreffenden Zuwendungen mit dem Betrag des angeblich dem Pflichttheilsberechtigten von Rechts wegen zugefallenen Erbtheils zu kompensiren seien, vielmehr stellt sich der Gesetzgeber nur auf den praktischen Standpunkt der Einrechnung, statt seinem Gedanken eine mehr abstrakte Form zu geben und zu erklären, der Pflichttheil „bestehe" in den bezüglichen Zuwendungen.

derartige Zuwendungen sich erst nachträglich unter gewissen Voraussetzungen verwirklichen. Man wird sich dahin zu entscheiden haben, daß der Pflichttheilsanspruch an sich erwächst, ohne daß Seitens des Berechtigten die Eventualitäten der Zukunft abzuwarten sind, daß aber, wenn sich der Fall der letztwilligen Zuwendung nachträglich verwirklicht, eine Aufrechnung stattfindet.[2]

Nicht einzurechnen sind in den Pflichttheil Lehen und Fideikommisse, da sie nicht vom Erblasser herkommen, nach ausdrücklicher Bestimmung des Landrechts, wodurch eine gemeinrechtliche Streitfrage entschieden werden sollte, auch nicht Gerade, Heergeräthe und Niftel.[3]

2. Das Gesetz erachtet gewisse Zuwendungen unter Lebenden als Ersatz letztwilliger Zuwendungen.

Das römische Recht ließ hiernach die Einrechnung zu bei Schenkungen unter Lebenden, falls sie mit dieser Bestimmung gemacht waren;[4] ohne Weiteres war einzurechnen die vom Erblasser herkommende dos und propter nuptias donatio, sowie die militia, d. h. der Kaufwerth des dem Pflichttheilsberechtigten erkauften Amtes.[5] Die gemeinrechtliche Praxis hatte das Bestreben, andere kollationspflichtige Gegenstände, insbesondere die Ausstattung,[6] wie auch kollationspflichtige Schenkungen, als Zuwendungen auf den Pflichttheil zu behandeln,[7] worin sicher ein richtiger Gedanke lag, da diese Zuwendungen gegeben und angenommen werden als eine auf den Erbtheil gemachte Leistung. Doch hat die neuere romanistische Theorie, gestützt auf die justinianische Gesetzgebung, solche Weiterbildung zurückgewiesen.[8]

---

2) Nach dem früheren römischen Recht war entscheidend, ob sich die eventuelle Zuwendung vor Erhebung der Querel verwirklichte oder nicht. So wenigstens für das condicionis implendae causa datum, l. 8 § 10 D. de inofficioso testamento 5, 2, welche Windscheid Bd. 3 § 581 Anm. 7 richtiger erklärt als Francke Notherbenrecht S. 233. Strenger war Justinian in der l. 36 pr. C. de inofficioso testamento 3, 28: repletionem fieri ex ipsa substantia patris, non si quid ex aliis causis filius lucratus est, vel ex substitutione vel ex jure accrescendi, ut puta ususfructus. Ueber die Tragweite dieser Bestimmung finden sich jedoch sehr verschiedene Ansichten.

3) L. R. II, 2 § 397, oben § 200 Anm. 9. Ueber das gemeine Recht vgl. Glück Bd. 7 S. 106 ff.

4) l. 25 pr. D. de inofficioso testamento 5, 2.

5) l. 29 C. h. t. 3, 28, l. un. § 12 C. de rei uxoriae actione 5, 13, l. 30 § 2 h. t. 3, 28.

6) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 25 Nr. 249 und 251.

7) Glück Bd. 7 S. 95. Voet ad Pand. h. t. 5, 2 n. 61. Hofacker princ. jur. civ. T. II, § 1712, vgl. auch die bei Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 128 angeführten älteren und neueren Gesetze.

8) So Francke Recht der Notherben S. 239 ff., Mühlenbruch Bd. 35 S. 301 und alle namhaften neueren Romanisten, wie neuerdings Windscheid Bd. 3 § 581 Anm. 6, welcher die ältere Ansicht mit Rücksicht auf l. 20 C. de coll. 6, 20 als bodenlos erachtet. Auch die Praxis ist ins Schwanken gerathen, vgl. Seuffert Archiv Bd. 7 Nr. 75, Bd. 8 Nr. 69. Gegen die Anrechnung der auf den Erbtheil gegebenen Schenkungen für die Mark siehe auch Striethorst Archiv Bd. 2 S. 350 ff.

Nach Landrecht sind auf den Pflichttheil einzurechnen die Ausstattung und die kollationspflichtigen Geschenke.[9] Die Methode ist jedoch eine andere als bei der Kollation, denn Letztere vollzieht sich nach preußischem Recht im Wege der Ausgleichung der Art, daß den nicht oder in geringerem Maße im Voraus bedachten Descendenten eine dem Vorempfang ihrer Miterben gleiche Summe zugewiesen und nur der Rest als reiner Nachlaß vertheilt wird.[10] Dieses Verfahren beruht auf dem Gedanken, daß der gemeinsame Ascendent seine Descendenten gleichmäßig ausgestattet sehen will. Beim Pflichttheil kommt dies nicht in Betracht, hier ist das Verhältniß zum Testamentserben, der ein Fremder sein kann, zu regeln, dabei kann es sich nur um eine Einrechnung der kollationspflichtigen Gegenstände, durchaus nicht um eine Ausgleichung handeln.[11]

Durch die Auflage anderer Anrechnungen können die Ascendenten den Pflichttheil nicht schmälern.[12] Nur wenn der Ascendent für einen seiner Abkömmlinge Schulden, zu deren Anerkennung er nach den Gesetzen nicht verpflichtet war, bezahlt hat, kann er das Gezahlte durch besondere Anordnung zur Einrechnung auf dessen Pflichttheil bringen.[13]

---

9) Vgl. L. R. II, 2 § 393.

10) L. R. II, 2 § 303.

11) So hat das Obertribunal die Sache behandelt, namentlich auch in der oben — § 200 Anm. 15 — benutzten Entscheidung Bd. 31 S. 30, Koch Erbrecht S. 495, Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 57 schließen sich seiner Auffassung an. Dagegen haben sich zuerst die Gesetzrevisoren — vgl. bei Rönne zu L. R. II, 2 § 392 Bd. 3 S. 270 — für das System der Ausgleichung auch beim Pflichttheil entschieden. Dasselbe führt zu erheblich abweichenden Ergebnissen. Denn wenn z. B. der Erblasser ein Vermögen von 5000 und drei Söhne A., B., C. hinterläßt, von denen der auf den Pflichttheil gesetzte A. bereits 1000 erhalten hat, so ist nach der Einrechnungsmethode die Masse auf 6000 zu schätzen, so daß der Pflichttheil eines Jeden der drei Kinder, als die Hälfte seines gesetzlichen Erbtheils, 1000 beträgt und A. mit seiner Ausstattung abgefunden ist. Nach dem Ausgleichungsverfahren hingegen würden B. und C. aus der Masse zur Ausgleichung mit A. 1000 entnehmen. Es blieben also als Nachlaßmasse 3000, das gesetzliche Erbtheil eines Jeden betrüge 1000 und A. könnte als Pflichttheil noch 500 beanspruchen. Diesem Systeme huldigt Gerhardt in der Zeitschrift für Rechtspflege von Hinschius Bd. 2 S. 648 ff., falls Descendenten konkurriren. Spangenberg in der Abhandlung: Kalkulatorische und rechtliche Bedenken gegen die Anwendbarkeit der Einwerfmethode bei Berechnung des Pflichttheils bei Gruchot Beiträge Bd. 17 S. 383 ff. läßt zuvörderst die Ausgleichung unter den Descendenten nach den Vorschriften der Kollation eintreten und will von der hiernach geminderten Masse den Pflichttheil berechnen, es soll jedoch der Pflichttheilsberechtigte verbunden sein, sich auf den so berechneten Pflichttheil die Ausstattung anrechnen zu lassen. Hiergegen haben schon die Gesetzrevisoren bemerkt, daß dem A. danach dieselbe Summe zweimal zu Lasten gesetzt werde. Doch hat sich Hinschius im Koch'schen Kommentar zu L. R. II, 2 § 393 der Spangenberg'schen Berechnung angeschlossen.

12) L. R. II, 2 § 394. Dem Pflichttheilsberechtigten gegenüber sind also letztwillige Verfügungen, wie sie L. R. II, 2 §§ 385 und 386 erwähnt, ohne Geltung.

13) Vgl. L. R. II, 2 § 395. Man streitet darüber, ob sich diese Bestimmung nur auf diejenigen Schulden bezieht, die für den Descendenten verbindlich waren, oder auch auf ungültige Schulden desselben. Für das Letztere hat man angeführt, daß das Gesetz nicht

3. Gemeinrechtlich ist sehr bestritten, was auf den Pflichttheil der Enkel angerechnet werden kann. Aeltere gemeinrechtliche Juristen nahmen vielfach an, daß die Enkel sich Alles in den Pflichttheil einrechnen lassen müßten, was ihrem vorverstorbenen Parens hätte angerechnet werden können.[14] Manche beschränken dies auf den Fall, daß sie Erben desselben geworden seien, die Neueren wollen von einer Anrechnung überhaupt nichts wissen.[15] Nach preußischem Recht nimmt man an, daß die Enkel sich anrechnen lassen müssen was ihrem vorverstorbenen Parens an Zuwendungen gemacht ist, die in dessen Pflichttheil fielen.[16] Den Enkeln sind außerdem selbstverständlich Zuwendungen anzurechnen, welche ihnen selbst zu der Zeit, als sie schon nächste Intestaterben waren, vom Erblasser gemacht wurden.

§ 202. Die Enterbungsgründe.

I. Die Eltern sind befugt, ihren Kindern den Pflichttheil völlig zu entziehen oder zu schmälern und zu belasten, eine s. g. Enterbung vorzunehmen, wenn einer der Gründe vorliegt, welche das Gesetz besonders anerkannt und aufgezählt hat.[1] Hiermit schließt sich das Landrecht an die Novelle 115 an, welche gleichfalls eine gesetzliche Aufzählung der Enterbungsursachen vorgenommen hat, während das frühere römische Recht die Frage dem Ermessen des Gerichtes überließ, wobei dieses sich freilich an die Praxis und die Präjudicien anzulehnen hatte. Die Enterbungsgründe führen entweder darauf zurück, daß der Enterbte sich gegen den Erblasser gröblich verging oder daß er sich als ein unwürdiges, die Familie entehrendes Subjekt erweist.

II. Für die Enterbung der Descendenten zählt das Landrecht neun Gründe auf,[2] nämlich:

---

unterscheide und daß die Familienehre die Tilgung solcher Schulden fordern könne. Es geht dies aber zu weit, vielmehr muß entweder ein Rechtszwang oder doch sonst wenigstens eine Nothwendigkeit der Zahlung, z. B. bei Ehrenwortschulden, um dem Kinde seine Stellung zu retten, vorgelegen haben. Wenn übrigens der Vater nicht in der Absicht zu schenken handelte, geht die Forderung gegen das Kind auf ihn, beziehungsweise seinen Nachlaß in Folge gesetzlicher Cession nach allgemeinen Grundsätzen über, es besteht also nicht bloß das Recht der Anrechnung, sondern selbst der Klage der Erben gegen das Kind, dessen Schulden bezahlt sind.

14) Voet ad Pand. 5, 2 § 61.

15) Francke Notherbenrecht S. 242.

16) Striethorst Archiv Bd. 25 S. 112, Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 132, Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 37. Vgl. auch oben § 199 im Text nach Anm. 27.

1) L. R. II, 2 § 399 ff.

2) Die Novelle 115 hatte 14 Gründe aufgestellt. — Ueber die Form der Enterbung siehe unten § 204.

1. Rechtskräftige Verurtheilung wegen Hochverraths oder des Lasters der beleidigten Majestät des Staatsoberhauptes.[3] [4]

2. Trachten nach dem Leben von leiblichen oder Stiefeltern.[5] Der böse Wille muß in Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung enthalten, zu Tage getreten sein; es ist nicht erforderlich, daß es zu körperlichen Verletzungen der Eltern kam. Der Enterbungsgrund bleibt bestehen, wenn auch das Kind freiwillig von dem versuchten Verbrechen zurückgetreten sein sollte.[6]

3. Fälschliche Anschuldigung von leiblichen Eltern wegen eines Verbrechens, für welches eine härtere Strafe als Geld oder bloße bürgerliche Gefängnißstrafe angedroht ist, bei der Obrigkeit wider besseres Wissen, ist Enterbungsgrund.[7]

4. Thätlichkeiten gegen leibliche Eltern, außer dem Fall der Nothwehr;[8] bloße Androhung von Thätlichkeiten genügt also nicht.[9]

5. Antastung der Ehre des Erblassers durch grobe Schmähungen,[10] wobei das richterliche Ermessen über die Erheblichkeit der Beleidigung zu befinden hat.[11]

---

3) Dieser Enterbungsgrund wird in der Novelle 115 nicht angeführt. Es bedurfte dessen auch nicht, da sich in Rom an die Verurtheilung wegen solcher Verbrechen Todesstrafe oder wenigstens capitis deminutio maxima oder media knüpfte. Dagegen hatten diesen Grund einzelne ältere gemeinrechtliche Schriftsteller anerkannt, er fand sich auch in älteren deutschen Partikulargesetzen, z. B. im Preußischen Landrecht von 1721 Buch 5 Titel 5 Art. 1 § 8, vgl. Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 156.

4) Bezüglich des Hochverraths ist derzeit maßgebend das Reichsstrafgesetzbuch § 80 ff., Landesverrath § 87 ff. steht dem Hochverrath im Sinne des Pflichttheilsrechts nicht gleich. Bezüglich der Beleidigung des Landesherrn ist jetzt § 94 und § 95 des gedachten Strafgesetzes anzuwenden.

5) L. R. II, 2 § 400. Dies entspricht der nov. 115 cap. 3 § 5, wo aber nur von den eigenen Eltern die Rede ist.

6) Ein Attentat des unehelichen Kindes gegen seinen natürlichen — also leiblichen — Vater giebt der Mutter ein Enterbungsrecht, wie Koch zum § 400 und Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 157 mit Recht annehmen. Das Attentat eines unehelichen Kindes gegen den Ehemann der Mutter, oder eines Kindes gegen den Zuhalter der Mutter, bildet keinen Enterbungsgrund, weil eine Stiefverbindung im Sinne des Gesetzes in beiden Fällen nicht vorliegt, vgl. L. R. I, 1 § 44.

7) L. R. II, 2 § 401. Es entspricht dies der nov. 115 cap. 3 § 7. Wenn das Landrecht von einer Anschuldigung bei Gerichten spricht, so ist hierunter jede Anzeige bei der Obrigkeit zu verstehen. Ob übrigens die Gefängnißstrafe des Strafgesetzbuches § 16 der des L. R. II, 2 § 401 bezeichneten schlechthin gleichzustellen ist, wird man bezweifeln müssen.

8) L. R. II, 2 § 402, nov. 115 cap. 3 § 1: si quis parentibus suis manus intulerit.

9) Vgl. Glück Bd. 7 S. 211 und die dort Angeführten.

10) L. R. II, 2 § 403, nov. 115 cap. 3 § 2: si gravem et inhonestam injuriam eis ingesserit.

11) Im gemeinen Recht war streitig, ob die Beleidigung des einen der Eltern, insbesondere der Mutter durch das Kind, den anderen Elterntheil zur Enterbung des

Es macht keinen Unterschied, ob die falsche Anklage Lebensnachstellung, Thätlichkeit, Beleidigung unmittelbar von dem Kinde oder auf dessen Anstiften von Dritten zugefügt wurden.[12]

6. Des Weiteren sind Gründe blutschänderischer Umgang mit dem anderen Theil der leiblichen oder der Stiefeltern;[13]

7. daß das Kind durch grobe Verbrechen dem Erblasser einen beträchtlichen Theil seines Vermögens entzogen hat, d. h. einen solchen, der mindestens den Betrag des Pflichttheils erreicht.[14]

8. Versagung der nothwendigen Unterstützung im Bedürfnißfall, obgleich das Kind hierzu im Stande war;[15] endlich

9. wenn das Kind durch grobe Laster, schändliche Aufführung oder durch die Wahl einer niederträchtigen Lebensart sich bei seinen Standesgenossen öffentlich entehrt hat,[16] z. B. ein Officier wird wegen ehrloser Handlungen kassirt, eine Frauensperson wird öffentliche Dirne. Mangel ehrbarer Erziehung giebt eine Einrede gegen diesen Enterbungsgrund.[17]

Kindes berechtige. Die gemeine Meinung verneinte es, vgl. Glück Bd. 7 S. 215, und dieselbe Entscheidung ist, wie schon der Wortsinn angiebt, nach preußischem Recht zu fällen, Entsch. des O. Trib. Bd. 54 S. 211.

12) L. R. II, 2 § 404 bestimmt dies ausdrücklich zur Beseitigung von im gemeinen Recht aufgetauchten Zweifeln.

13) L. R. II, 2 § 405. Die Novelle 115 betraf cap. 3 § 6 den Fall: si novercae suae aut concubinae patris filius sese immiscuerit. Gemeinrechtlich stritt man, ob dies auf die Tochter und ferner auf den Fall der Unzucht mit dem leiblichen Ascendenten auszudehnen sei. Andererseits wollte man den Umgang mit der Konkubine des Vaters nicht als Enterbungsgrund erachten, Glück Bd. 7 S. 231. Dies Alles ist durch die Fassung des Landrechts erledigt. Ist aber der ehebrecherische Umgang des unehelichen Kindes der Mutter mit dem Mann derselben Enterbungsgrund? Dies bejaht Thümmel Errichtung des letzten Willens S. 148, und Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 160, vgl. hiergegen oben Anm. 6 a. E.

14) L. R. II, 2 §§ 406, 407. Die Novelle berührt nur die durch falsche Anklage entstandenen schweren Verluste cap. 3 § 7, den vom Landrecht hervorgehobenen Enterbungsgrund erläutert Suarez in der revisio monitorum durch das Beispiel, wenn der Sohn dem Vater die Kasse bestiehlt und ihn dadurch um das Amt bringt, Bornemann Bd. 6 S. 194. Aber auch Diebstahl, Brandstiftung, welche gegen den Ascendenten verübt sind, genügen, wenn sie beträchtlichen Schaden im Gefolge hatten.

15) L. R. II, 2 § 408. Mit Recht bemerkt Unger östr. Erbrecht § 83 Anm. 5, unter Nothstand sei nicht bloß pekuniäre Dürftigkeit zu verstehen, denn „Geldnoth ist nur eine der mannigfachen Lebensnöthe." Vgl. nov. 115 cap. 3 §§ 8, 12, 13. Die Novelle rechnete hierher auch Versagung der Bürgschaft für den im Gefängniß befindlichen Ascendenten durch den männlichen Descendenten. — Eine besondere Aufforderung des Kindes zur Unterstützung, wie sie Bornemann Bd. 6 S. 194 verlangt, ist hier — anders oben § 193 bei Anm. 3 — keineswegs unter allen Umständen nöthig, da es Fälle giebt, in denen sich das Kind ohne Weiteres veranlaßt sehen mußte, für den Ascendenten zu handeln.

16) L. R. II, 2 § 409. Die Novelle 115 hebt nur einzelne hierher gehörige Fälle hervor, cap. 3 §§ 4, 10 und 11. Dieser Grund ist mit Recht durch die Verfasser des Landrechts sehr verallgemeinert.

17) Es handelt sich hier um einen Entschuldigungsgrund, welchen der Enterbte geltend zu machen hat, wenn dies auch der Text des Gesetzes nicht hervorhebt.

III. Nach althergebrachtem deutschem Recht ist der Vater befugt, sein Kind auf die Hälfte des Pflichttheils zu setzen, wenn sich dasselbe ohne seine Zustimmung, oder ohne gerichtliche Ergänzung dieser Zustimmung verheirathet hat,[18] vorausgesetzt, daß die Ehe nicht als ungültig rechtskräftig aufgehoben ist.[19] Dasselbe Recht hat die Mutter bezüglich des Kindes, welches sich nach dem Tode des Vaters ohne ihre Zustimmung verheirathet.[20] Es ist anzunehmen, daß der Enterbungsgrund wegfällt, wenn das Kind die Einwilligung verlangte, dieselbe aber nachweisbar ohne triftigen Grund verweigert wurde, sowie dann, wenn sie z. B. wegen Geisteskrankheit des Parens nicht eingeholt werden konnte.[21] Dies Enterbungsrecht steht dem Parens auch dann zu, wenn sich das Kind nach den Bestimmungen des Reichsgesetzes vom 6. Februar 1875 rechtlich ohne seine Einwilligung verheirathen konnte, da in der Nichteinholung auch in solchem Falle die Verletzung einer sittlichen Pflicht und eine Lieblosigkeit liegt.[22] Ein Grund zur Enterbung bis zur Hälfte liegt auch vor, wenn das Kind durch Beischlafsvollziehung die elterliche Einwilligung in seine Ehe zu erzwingen suchte.[23]

IV. Nur aus den gesetzlich angeführten Gründen, nicht aus analogen, ist die völlige oder theilweise Enterbung gestattet.[24] Damit wurde aber

18) L. R. II, 1 §§ 996, 998, II, 2 § 412, R. G. bei Gruchot Bd. 31 S. 947. Koch Erbrecht S. 505 erachtete irrthümlich diese Enterbung, welche nicht in der Novelle 115 vorkommt, als durch die Redaktoren des Landrechts eingeführt. Hiergegen vgl. Heydemann Elemente der Joachimica S. 369, wo Urkunden aus dem dreizehnten und vierzehnten Jahrhundert angeführt werden, Hinschius in der Preußischen Anwaltszeitung 1866 S. 665 Anm. 4 und die bei Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 165 abgedruckten Statuten. Die Rechtskraft solcher Bestimmungen erkannte an die kaiserliche Erklärung, das s. g. Interim, von 1548 Tit. 21 § 10.

19) Vgl. L. R. II, 1 § 994 ff.

20) L. R. II, 1 § 1000.

21) Es ergiebt sich dies aus den Zwecken der Bestimmung. Auch ist eine derartige Beschränkung um so nothwendiger, als es zweifelhaft sein mag, ob das Gericht sich zu einer Genehmigung bezüglich der Ehe eines Mannes über 25 und einer Frau über 24 Jahren mit Rücksicht auf die mögliche Verkürzung im Pflichttheil herbeilassen wird.

22) Dies führt mit Recht aus Hinschius zum Reichsgesetz vom 6. Februar 1875 § 36 S. 125. Es spricht hierfür die Geschichte des fraglichen Rechtssatzes, da schon im Mittelalter Einwilligung des Vaters keine Bedingung der Eheschließung war und dennoch dessen Nichteinholung die Enterbung rechtfertigte. Aber auch nach dem Landrecht war Nichtertheilung der Einwilligung der Mutter ein Ehehinderniß nur so lange das Kind minderjährig war; die Nichteinholung ihrer Einwilligung durch das großjährige Kind gab ihr aber gleichwohl das Recht der Enterbung auf die Hälfte des Pflichttheils. L. R. II, 1 § 1000. So auch Bolze R. G. Bd. 2 Nr. 890.

23) L. R. II, 2 § 413. So auch Proj. des corp. jur. Fridericiani pars 1, lib. 2 tit. 2 § 23.

24) L. R. II, 2 § 410. Es sollte dies der nov. 115 cap. 3 pr. entsprechen: ut praeter ipsas nulli liceat ex alia lege ingratitudinis causas opponere, nisi quae in hujus constitutionis serie continentur.

nicht enge Wortinterpretation der gesetzlichen Gründe vorgeschrieben, vielmehr ist die Auslegung nach dem Willen des Gesetzes auch hier maßgebend.[25]

Zu jeder Enterbung ist wie bei anderen Strafen Verschuldung erfordert. Handlungen in unzurechnungsfähigem Zustande bilden daher keinen Enterbungsgrund.

Liegt der Enterbungsgrund nicht in einer einzelnen Thathandlung, sondern in dem unwürdigen Gesammtverhalten des Enterbten, so ist eine Enterbung nur zulässig, wenn die Unwürdigkeit noch im Augenblick des Todes besteht. Es kann also namentlich nicht enterbt werden, wer sich früher durch Laster entehrte, sich aber zur Zeit des Todes des Erblassers vollständig gebessert hat.

V. Gemeinrechtlich ist bestritten, ob die Verzeihung des Ascendenten den Enterbungsgrund beseitigt, und zwar sowohl für den Fall, daß sie vor Errichtung des Testaments, wie, daß sie nachher erfolgte. Man wird aus allgemeinen Gründen anzunehmen haben, daß eine vorbehaltlose Verzeihung dem Enterbungsgrunde die Kraft benimmt, da in derselben ein Verzicht des Ascendenten auf die außerordentliche Maßnahme der Enterbung liegt.[26] Das Landrecht entscheidet, daß die bloße Versöhnung für einen Widerruf der geschehenen Enterbung nicht zu achten sei.[27] Es bleibt hiernach offen, ob eine vor der Enterbung geschehene Versöhnung den Enterbungsgrund unwirksam macht. Dieser Fall steht dem gesetzlich entschiedenen nicht gleich. Es ist vielmehr zu erachten, daß sich das Landrecht in dieser Hinsicht von der herrschenden Ansicht des gemeinen Rechtes, wonach eine dem Testament vorhergehende Versöhnung dem Ascendenten das Enterbungsrecht nimmt, nicht entfernen wollte.

Als unverbindlich ist das Versprechen anzusehen, den Descendenten auch wegen künftiger Vergehungen nicht enterben zu wollen,[28] da hierin ein Freibrief für Vergehen läge. Kann andererseits der Erblasser einen Descendenten im Voraus für den Fall, daß er sich eines zur Enterbung ausreichenden Vergehens schuldig machen sollte, enterben? Wir halten dies für zulässig. Eine solche Strafandrohung kann unter Umständen heilsam wirken. Gemeinrechtlich ist die Frage bestritten.[29]

---

25) So auch die neueren gemeinrechtlichen Schriftsteller, vgl. Glück Bd. 7 S. 248, Francke Notherbenrecht S. 412.

26) So namentlich Windscheid Bd. 3 § 590 Anm. 15. Sein Grund „eine verziehene Schuld ist keine Schuld mehr“, ist aber kaum zutreffend. Derselben Ansicht Francke Notherbenrecht S. 415. Dagegen u. A. Schmidt Notherbenrecht S. 166.

27) L. R. II, 2 § 416. Bolze R. G. Bd. 2 Nr. 1237.

28) Vgl. L. R. I, 16 § 400, l. 23 D. de R. J. 50, 17.

29) A. Ansicht z. B. Vangerow Bd. 2 § 484 a. E.

§ 203. Die Enterbung aus guter Absicht.

I. Der Erblasser durfte nach älterem römischem Recht seinen Kindern aus guter Absicht zu deren Besten oder im Interesse ihrer Nachkommenschaft den Pflichttheil entziehen, wobei er aber für die Enterbten sorgen mußte.[1] Wie er hierfür sorgte, blieb seinem Ermessen anheimgestellt.[2] Dies nahm man auch gemeinrechtlich an, trotzdem ein Widerspruch mit den Vorschriften der Novelle 115 zu bestehen schien.[3]

II. Auch in das preußische Recht ist die s. g. Enterbung in guter Absicht übergegangen.[4] Sie dient in der That nicht ganz selten der Erhaltung der Familien, und ist ein zweckentsprechendes Institut.[5]

Die Fälle, in denen das preußische Recht die Enterbung in guter Absicht zuläßt, sind Ueberschuldung des Kindes der Art, daß die Schulden seinen Pflichttheil ganz oder soweit, daß ihm der nöthige Unterhalt nicht übrig bliebe, aufzehren würden, ferner Verschwendung, endlich Geisteskrankheit des Kindes, falls demselben die Fähigkeit zur gehörigen Vermögensverwaltung benimmt.[6] Die Gründe müssen zur Zeit des Todes des Erblassers bestehen.[7]

1) l. 18 D. de lib. 28, 2, l. 12 § 2 D. de bonis libert. 38, 2. Ein Hauptzweck der exheredatio bona mente im klassischen römischen Recht war, eine vormundschaftliche Verwaltung zu umgehen, wobei man sich an die Agnatenvormundschaft und die Unfähigkeit der Mutter zur Vormundschaft über ihre Kinder als Frau erinnern muß. Man instituirte also die Vertrauensperson und gab ihr auf, die Erbschaft dem formell enterbten Descendenten bei dessen Mündigkeit herauszugeben. War der Sohn geisteskrank, so setzte man die Enkel ein.

2) l. 16 § 2 D. de curat. furiosi 27, 10.

3) Manche, z. B. Unterholzner Archiv für c. Pr. Bd. 2 S. 52 ff., Francke Notherbenrecht S. 422 ff., halten daher die exheredatio bona mente nicht für gemeinrechtlich. Ihre Ausführungen konnten jedoch die feststehende Praxis nicht verdrängen.

4) Vgl. L. R. II, 2 § 419. Die Benennung „Enterbung" in guter Absicht ist ungenau, namentlich für das preußische Recht, wo es sich nur um Beschränkungen handelt. Allein feststehende und seit Jahrhunderten gebräuchliche technische Ausdrücke sind unseres Erachtens möglichst zu bewahren, und nicht durch neu erfundene, die keine allgemeine Geltung haben, zu ersetzen.

5) Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 180 bemerkt: daß kein zureichendes praktisches Bedürfniß vorlag, dieses vielfach angefeindete Rechtsinstitut beizubehalten, beweist am besten die Seltenheit der Fälle, in welchen davon Gebrauch gemacht wird. Dieser Ansicht schließt sich Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 86 ff. an. Daß es sich um seltene Fälle handelt, liegt in der Natur der Sache, da sich Eltern zu derartigen Schritten nur in Nothfällen entschließen werden. Ihnen dieses Mittel um deswillen zu entziehen, erschiene uns als gesetzgeberischer Mißgriff. Das Projekt des corp. juris Fridericiani part. II lib. 7 tit. 5 § 22 hat übrigens das Institut aufzuheben gedacht.

6) L. R. II, 2 §§ 419, 420, 421. Vgl. R. G. Bd. 15 S. 302. Gemeinrechtlich besteht keine Beschränkung auf bestimmte Fälle; Mühlenbruch bei Glück Bd. 37 S. 453 führt als Beispiel an, daß eine Tochter mit einem verschwenderischen Manne verheirathet ist.

7) Mühlenbruch bei Glück Bd. 37 S. 450, Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 183. Die Beschränkung fällt also nicht nachträglich weg, wenn das Kind, welches wegen Schulden enterbt wurde, nach dem Tode des Vaters in bessere Umstände kommt.

Die Enterbung in guter Absicht darf nur bestehen in einem Veräußerungsverbot unter Lebenden, in der Ausschließung der Gläubiger des Kindes und in einer fideikommissarischen Substitution der Descendenz des Kindes, eventuell seiner Geschwister und der Abkömmlinge derselben.[8] Der Nachlaßrichter ist verpflichtet, die Eintragung der bezüglichen Beschränkungen auf die Grundstücke des Enterbten nachzusuchen, dieselben öffentlich bekannt zu machen und nach Befinden die Ernennung eines Pflegers durch den Vormundschaftsrichter zu veranlassen.[9] Die Nutzungen seines Pflichttheils müssen dem Enterbten nothwendigerweise ungeschmälert verbleiben.[10] Die Gläubiger des Enterbten können auf die Nutzungen des Pflichttheils des in guter Absicht Enterbten insofern Anspruch erheben, als sie zum nothdürftigen Unterhalt des Kindes nicht erforderlich sind.[11]

---

8) L. R. II, 2 § 423 ff.

9) L. R. II, 2 § 428. Nach Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 103 sind diese Bestimmungen veraltet. Rehbein und Reincke zum § 428 stellen deren Geltung nicht in Frage.

10) L. R. II, 2 § 425 spricht vom Nießbrauch des Pflichttheils. Es ist gleichwohl nicht zulässig, den Pflichttheilsberechtigten bloß auf den Nießbrauch des Pflichttheils einzusetzen, da demselben dann die Verfügung auf den Todesfall ganz unmöglich wäre, während sie nach L. R. II, 2 §§ 426 und 427 nur zu Gunsten der weiteren Descendenz und eventuell der Geschwister und deren Nachkommen beschränkt werden kann. Doch wäre die Aussetzung des Nießbrauches an den Pflichttheilsberechtigten als Einsetzung auf die Pflichttheilsportion unter den gesetzlich zulässigen Beschränkungen zu erachten und aufrechtzuhalten.

11) L. R. II, 2 § 429. Die Gläubiger können die Nutzungen also voll in Anspruch nehmen, wenn das Kind den nothdürftigen Unterhalt aus anderem Vermögen beziehen kann. Entsch. des O. Trib. Bd. 45 S. 218. Die gesetzliche Bestimmung ist für den Fall getroffen, daß der Erblasser bezüglich der Gläubiger nicht besonders verfügt hat. Es fragt sich aber, ob die Eltern die Gläubiger durch ausdrückliche Bestimmung vom Nießbrauch des Pflichttheils ausschließen können? Dies verneint man überwiegend in dem Fall, daß das Kind bloß auf die Nutzungen seines Pflichttheils beschränkt ist, da diese dann der Verfügung der Eltern entzogen seien, Bornemann Bd. 6 S. 195. Dagegen ist sehr bestritten, ob die Eltern dann, wenn sie dem Kinde den vollen Erbtheil hinterließen, dasselbe aber auf dessen Nutzungen beschränken, befugt sind, dessen Gläubiger vollständig von diesen Nutzungen auszuschließen, auch in Bezug auf den Pflichttheil. Dies hat das O. Trib. bejaht, Entsch. Bd. 48 S. 236 ff., Striethorst Archiv Bd. 85 S. 249, und Hinschius Preuß. Anwaltszeitung 1863 S. 327 ist dem beigetreten. Gegen das Obertribunal haben sich erklärt Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 186, Koch Erbrecht S. 516, Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 90 vgl. jedoch Anm. 102. Der Grundgedanke des Obertribunals ist aber berechtigt. Er liegt darin, daß der Erblasser an sich über seinen gesammten Nachlaß beliebige Bestimmungen treffen kann, daß zwar die Pflichttheilsberechtigten dagegen auftreten können, soweit ihre Rechte und Interessen hierdurch verletzt sind, daß aber Dritten, also namentlich den Gläubigern des Pflichttheilsberechtigten, die auf den Nachlaß keinerlei Recht haben, ein Anfechtungsrecht gegen die Beschränkungen, die ihnen nachtheilig sind, nicht zukommt. Die Sache steht eben anders als nach gemeinem Recht, wo Belastungen des Pflichttheils von Rechtswegen ungültig sind. Das R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 948 ff. erklärt Beschränkungen der Gläubiger ohne gleichzeitige Beschränkung des Erben für ungültig siehe oben Bd. 1 § 80 Anm. 4. Vgl. aber auch R. G. Bd. 25 S. 292 andererseits Bd. 14 S. 276, Bd. 16 S. 185.

III. Dem Erblasser ist ferner nach Landrecht freigestellt, dem Kinde seinen vollen Erbtheil zu hinterlassen und dabei zu bestimmen, daß derselbe seiner Verfügung völlig entzogen sein und den Enkeln erhalten werden soll.[12] Diese Verordnung ist rechtsverbindlich auch, wenn ein Grund für die Beschränkung des Kindes nicht besteht und namhaft gemacht ist. Die Gläubiger des Kindes sind dann von dem Zugriff vollständig ausgeschlossen. Nach gemeinem Recht kann der Erblasser seinem Kinde nur die Wahl lassen zwischen dem Pflichttheil und dem hinterlassenen größeren Betrage unter den aufgelegten Beschränkungen.[13]

§ 204. Form der Enterbung.

1. Verfügungen, wodurch einem Kinde der Pflichttheil genommen werden soll, müssen nicht, wie nach römischem Recht,[1] nothwendig in einem Testamente geschehen, welches zugleich eine Erbeseinsetzung enthält, sie können auch isolirt erfolgen. Gefordert ist aber die Form eines gültigen Testaments.[2] Gerichtlichkeit ist nicht schlechthin nöthig, vielmehr reichen, sofern deren Voraussetzungen gegeben sind, die privilegirten Testamentsformen aus. Nur die Form der privilegirten Verfügung unter Kindern genügt zu einer Enterbung nicht, wie das Gesetz ausdrücklich bestimmt.[3]

2. Entbehrt die Urkunde, welche das Kind enterbt, der gesetzlichen Form, so ist in der Regel die Verfügung ganz nichtig. Anders wenn die Enterbung in einer privilegirten Anordnung unter Kindern geschah. Denn da der Erblasser mittels derselben über die Erbtheile seiner Kinder vorbehaltlich des

---

12) Vgl. L. R. II, 2 § 430. Der Nießbrauch bleibt auch in diesem Falle bei dem s. g. Enterbten. Der Erblasser kann natürlich auch die Beschränkungen bis zu einer gewissen Zeit, z. B. dem dreißigsten Lebensjahr des Erben, oder unter gewissen Voraussetzungen, z. B. so lange die Ehe der Tochter besteht, treffen. Vgl. Johow App. Ger. Bd. 5 S. 143.

13) S. g. cautela Socini vgl. R. G. Bd. 31 S. 198. Wo die drei ersten Titel des zweiten Theiles suspendirt sind, namentlich in der Mark, ist die Geltung von L. R. II, 2 § 430 zweifelhaft. Dennoch sind auch in der Mark entsprechende letztwillige Verordnungen im Gebrauch. Gegen die Rechtsbeständigkeit spricht, daß Suarez in den Schlußvorträgen Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 165, L. R. II, 2 § 430 als eine „Abweichung" bezeichnet, welche „durch die offenbare Billigkeit gerechtfertigt sei." Für dieselbe läßt sich jedoch anführen, daß es sich um eine exheredatio bona mente handelt, welche zwar die Gründe der Beschränkung des Kindes nicht besonders specificirt, die sich aber, wie dies gleichfalls Suarez hervorhebt, als eine Enterbung in guter Absicht durch den Inhalt der Verfügung selbst ergiebt.

1) § 2 J. de codicillis 2, 25: codicillis autem hereditas neque dari neque adimi potest, ne confundatur jus testamentorum et codicillorum, et ideo nec exheredatio scribi.

2) L. R. II, 2 § 431, vgl. § 500. Doch genügt auch ein formgerechter Erbvertrag, Bolze R. G. Bd. 3 Nr. 898. Vgl. freilich auch R. G. Bd. 24 S. 174.

3) Oben § 113 Ziff. 3 §§ 114, 115.

Pflichttheils bestimmen kann, so ist das Testament im Uebrigen gültig, und nur die Entziehung oder Verkürzung des Pflichttheils wird als nicht geschrieben erachtet.[4]

3. Des Weiteren ist nach Landrecht, wie nach der Novelle 115, erfordert, daß die Ursache der Enterbung vom Erblasser angegeben sei.[5] Die allgemeine Erklärung, daß ein gesetzlicher Enterbungsgrund bestehe, reicht nicht aus, vielmehr ist der Enterbungsgrund speciell anzuführen. Nicht nöthig ist aber, daß diese Anführung mit den im Gesetze gebrauchten Ausdrücken genau übereinstimme; es genügt, daß sich ein gesetzlicher Enterbungsgrund aus den Worten des Erblassers entnehmen läßt.[6] Verweisung auf andere Urkunden wird gemeinrechtlich als zuläßig erachtet[7] und kann auch nach preußischem Recht zur Erläuterung der letztwilligen Verordnung dienen. Die Enterbung ist nicht zu Recht beständig, wenn der angeführte Grund nicht beweisbar ist, trotzdem ein anderer aber nicht angeführter Grund bewiesen werden könnte.

Ist der Enterbungsgrund nicht oder nicht genau angeführt, so ist nach preußischem Rechte nicht Nichtigkeit der Enterbung die Folge. Der Pflichttheilsberechtigte hat vielmehr nur die Klage wegen Verletzung im Pflichttheil und den Vortheil, daß ihm kein Einwand wegen etwaiger Unwürdigkeit entgegengestellt werden kann.[8]

§ 205. Aufhebung der Enterbung.

1. Eine gehörig angeordnete Enterbung verliert ihre Kraft durch Widerruf Seitens des Erblassers.[1] Der Widerruf kann mittels gänzlicher Aufhebung des Testamentes, welches die Enterbung anordnete, geschehen, mag die Aufhebung nun durch Rücknahme desselben aus der gerichtlichen Verwahrung oder durch Errichtung eines neuen Testamentes oder durch Widerruf

---

4) Dies hat das Obertribunal nach einigem Schwanken anerkannt, vgl. Ulrich Archiv Bd. 12 S. 236 ff., Präj. 1650 vgl. oben § 116 bei Anm. 8.

5) Es ist dies für die exheredatio bona mente um deswillen besonders in L. R. II, 2 § 422 hervorgehoben, weil gemeinrechtlich hierüber eine Streitfrage bestand, da Manche die Form der Novelle 115 auf einen Fall, welchen die Novelle nicht kannte, nicht anwenden wollten. So Stryk usus modernus Pand. lib. 28, 2 § 10, dagegen jedoch schon im gemeinen Recht die Meisten, vgl. Glück Bd. 7 S. 262, Mühlenbruch Bd. 37 S. 462. Bezüglich der Enterbung zur Strafe galt den Landrechtsverfassern der Satz als selbstverständlich. Er ergiebt sich aber auch aus L. R. II, 2 § 441. Andere Ansichten hat Bauer a. a. O. in Behrend's Zeitschrift Bd. 7 S. 62 ff.

6) Vgl. auch Entsch. des O. Trib. Bd. 75 S. 340 ff., oben § 202 bei Anm. 24 und 25.

7) Leyser med. ad Pand. spec. 357 med. 4.

8) Vgl. L. R. II, 2 § 441. Nach der Novelle 115 war die Folge der Nichtangabe des Enterbungsgrundes, wenigstens gemäß der gewöhnlichen Ansicht, Nichtigkeit der Erbeseinsetzungen, siehe oben § 195 Anm. 18.

1) Vgl. L. R. II, 2 § 414.

des Testamentes vollzogen werden.[2] Der Erblasser kann aber auch bloß die Enterbungserklärung aufheben. Hierzu ist die Form eines rechtsgültigen Testamentes erfordert, es genügen aber auch die Formen einer privilegirten Verfügung der Eltern unter Kindern.[3]

Ob übrigens durch den Widerruf der Enterbung dem Kinde das Recht auf sein volles gesetzliches Erbtheil eröffnet oder ob ihm nur der Pflichttheil zugewendet wird, ist Absichtsfrage, deren Beantwortung nur aus der Gesammtheit der bezüglichen letztwilligen Anordnungen im Einzelfall geschehen kann.[4]

2. Fraglich ist, ob eine Enterbung Kraft behält, wenn sie in einem Testament geschah, welches später destitut wird, indem sämmtliche eingesetzte Erben vor dem Erblasser wegfallen oder die Erbschaft ausschlagen. Können also die nichtenterbten gesetzlichen Erben die Enterbung gegen die enterbten gesetzlichen Erben geltend machen?

Nach römischem Recht wurde durch die Destitution des Testamentes die Enterbung nothwendigerweise kraftlos, sie konnte auch durch die Kodicillarklausel nicht erhalten werden, da die Aufrechthaltung eine Erbeseinsetzung in sich schließen würde, welche in Kodicillen nicht angeordnet werden konnte. Nach preußischem Recht ist der Erblasser berechtigt, sein Kind in der Form des Testaments endgültig auch für den Fall, daß die übrigen testamentarischen Bestimmungen hinfällig werden sollten, auszuschließen. Er kann die Enterbung

2) L. R. I, 12 § 564 ff., vgl. oben §§ 173, 172, 171.

3) L. R. II, 2 § 415. Dies ist durchaus folgerecht und keineswegs, wie Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 173 ff. behauptet, im Widerspruch mit den Grundsätzen, von welchen das Gesetz ausgeht. Denn der Erblasser ist befugt, in der letztwilligen Verfügung unter seinen Kindern — oben § 116 — Erbeseinsetzungen zu treffen, nur deren Enterbung ist in dieser Form nicht zulässig, vgl. aber auch R. G. Bd. 26 S. 234. Andererseits ist es nicht richtig, wenn Koch Erbrecht S. 522 behauptet, diese Form sei auch bei der Zurücknahme der Enterbung von Ascendenten und Ehegatten anwendbar, denn das Gesetz unterscheide nicht und es seien auf deren Verhältnisse die für die Enterbung der Kinder gegebenen Bestimmungen analog anzuwenden. Das Letztere ist grundsätzlich richtig. Es bedarf hiernach zum Widerruf der Enterbung von Ascendenten und Ehegatten der Testamentsform wie bei der von Kindern, aber die besondere für Zuwendungen an Kinder gegebene Testamentsform ist für Bestimmungen zu Gunsten der Ascendenten und Ehegatten überhaupt nicht anwendbar, also auch nicht für die Zurücknahme von Enterbungen.

4) Koch Erbrecht S. 523 nimmt schlechthin an, daß der Enterbte nur den Pflichttheil nach dem Widerruf der Enterbung zu fordern habe. Er unterstellt folgendes Beispiel: Der Erblasser hat verfügt: meinen Sohn A. setze ich zum Universalerben ein, meinen Sohn B. enterbe ich, weil er mich mißhandelt hat. Später nimmt der Erblasser die Enterbung von B. zurück. Hier läßt sich allerdings sagen, das Testament, wodurch A. eingesetzt ist, bleibt im Uebrigen in Kraft, B. kann nur den Pflichttheil beanspruchen. Wäre aber in der Verfügung, welche die Enterbung anordnet, keine Erbeseinsetzung enthalten gewesen, der Erblasser hätte vielmehr einfach seinen Sohn B. enterbt, diese Enterbung aber später zurückgenommen, so wäre selbstverständlich damit die gewöhnliche gesetzliche Erbfolge für A. und B. eröffnet.

aber auch nur für den Fall des Inkrafttretens des Testamentes zu Gunsten der von ihm Eingesetzten, die sich um ihn mehr verdient machten, gemeint haben. Diese letztere Auffassung wird als die mildere und der vermuthlichen Absicht des Erblassers entsprechendere im Zweifel den Vorzug haben.[5]

3. Es wurde oben bemerkt, daß eine auf das Gesammtverhalten des Kindes gegründete Enterbung aufgehoben wird, wenn sich das Kind später gebessert hat,[6] wogegen seine Besserung dann ohne Einfluß ist, wenn die Enterbung Strafe einer bestimmten schuldhaften Thathandlung ist.

4. Versöhnung hebt die vorher angeordnete Enterbung nicht auf.[7]

§ 206. Zuwendung des Pflichttheils durch letztwillige Verfügungen.

1. Hat der Erblasser den Pflichttheil durch seine letztwilligen Verfügungen zugewendet, so bestimmen sich die Rechte des Pflichttheilsberechtigten nach den letztwilligen Anordnungen. Denn nur darauf hat der Pflichttheilsberechtigte Anspruch, daß ihm das gesetzliche Quantum unverkürzt zukomme, bezüglich der Form, in welcher dies geschieht, unterliegt er der Verfügung des Erblassers. Demgemäß bezieht sich die Unwirksamkeit von Beschränkungen des Pflichttheils nicht auf diejenigen letztwilligen Vorschriften, welche nur auf die Weise der Liquidation der Erbmasse oder auf die Vertheilung der Nachlaßsachen Bezug haben und hierdurch auf die Rechte des Pflichttheilsberechtigten zwar einwirken, ohne sie aber materiell zu verkürzen.[1]

2. Geschah die Zuwendung des Pflichttheils durch Erbeseinsetzung, so hat der Berechtigte die regelmäßigen Rechte und Pflichten des testamentarischen Erben.[1a] Die Ueberlegungsfrist läuft ihm daher erst von Kenntniß der Eröffnung des Testamentes an und nicht mit der Wissenschaft des Todes des Erblassers, wie diejenigen folgerecht annehmen müssen, welche den Pflichttheilsberechtigten ein gesetzliches, der Verfügung des Erblassers entzogenes Erbrecht auf den Pflichttheil zugestehen.[2] Der auf den Pflichttheil als Erbe

---

5) Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 174 ist entgegengesetzter Ansicht. Er stützt sich vorzugsweise darauf, daß nach Landrecht mit Wegfall der Erbeseinsetzung die übrigen im Testament enthaltenen Verfügungen nicht von Rechtswegen ihre Kraft verlieren, oben § 103 Anm. 13. Dies ist nicht zu bestreiten. Allein sie haben gleichwohl nie weiter Kraft, als sie nach dem Willen des Erblassers haben sollten. In welchem Sinne aber die Enterbung in derartigen Fällen gemeint ist, das ist eben die Frage.

6) Vgl. oben § 202 Ziff. IV.

7) Vgl. oben § 202 Ziff. V.

1) Oben § 196 Anm. 15. Schultzenstein Beiträge S. 183, dagegen Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 11.

1a) Kam. Ger. Bd. 4 S. 134, oben § 197 Ziff. 1.

2) Koch hat dies Erbrecht S. 1149 folgerecht angenommen, Förster 3. Aufl. Bd. 4 § 269 S. 270 ff. aber sich hier der Konsequenz seiner Ansicht entzogen, ohne

Eingesetzte hat ferner die gewöhnlichen Ansprüche eines Miterben auf Auseinandersetzung und auf Subhastation der Erbschaftsgrundstücke.[3] Er muß sich jedoch Anordnungen des Erblassers unterwerfen, welche ihm dies Recht, sei es unmittelbar oder mittelbar, entziehen. Demnach steht dem Erblasser frei, zu bestimmen, daß der Haupterbe befugt sein soll, die Nachlaßgrundstücke gegen Vergütung des Taxwerthes für sich zu behalten;[4] daher ist weiter der Anspruch des Pflichttheilserben auf Subhastation der Erbschaftsgrundstücke ausgeschlossen, wenn der Erblasser dem Haupterben die alleinige Verfügung über den Nachlaß eingeräumt hat.[5]

3. Hat der Erblasser den Pflichttheil als Legat hinterlassen, so hat der Pflichttheilsberechtigte dieselben Ansprüche wie jeder andere Legatar. Als Legat ist eine Anordnung aufzufassen, durch welche dem Pflichttheilsberechtigten der Pflichttheil in einer gewissen Summe oder Sache zugewendet wird. Denn das preußische Recht kennt einen heres ex re certa nicht, und wem nur Einzelsachen zugewiesen sind, hat nicht die Stellung eines Universalsuccessors.[6] Ein derartig Bedachter ist also nicht befugt, Subhastation der Erbschaftssachen zu verlangen oder andere Rechte des Miterben zu beanspruchen.[7]

Wurde Jemandem der Pflichttheil in Form eines Legates zugewendet, so leidet er zwar eine Verkürzung des Zugewiesenen mit Rücksicht auf die

---

jedoch hierfür von seinem Standpunkt aus durchschlagende Gründe vorzubringen. Die durch Plenarbeschluß vom 6. Januar 1851 — Entsch. Bd. 20 S. 10 — bekräftigte Praxis des Obertribunals entscheidet sich für die Berechnung von Kenntniß der Testamentseröffnung an. Das Reichsoberhandelsgericht ist dem Plenarbeschluß in seinen Entsch. Bd. 12 S. 437 beigetreten. Die Richtigkeit desselben ergiebt sich vom Standpunkt der Rescissionstheorie, Zitelmann a. a. O. bei Gruchot Beitr. Bd. 20 S. 375 ff. und noch zweifelloser nach der Forderungstheorie. Eine Härte gegen die Gläubiger des Erblassers liegt hierin nicht, da dieselben die Eröffnung des Testamentes beantragen können, L. R. I, 12 § 213. Gleicher Ansicht Schultzenstein a. a. O. S. 180 ff., Eccius Bd. 4 § 276 Anm. 16, R. G. bei Gruchot Bd. 33 S. 943.

3) Vgl. Anhang § 164 zu L. R. II, 18 § 574, R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 1032.

4) Entsch. des O. Trib. Bd. 33 S. 39 ff.

5) Dagegen Obertribunal bei Striethorst Archiv Bd. 13 S. 77.

6) Vgl. oben § 131.

7) Dies erkennt an angef. Anhang § 164. Die Bestimmung spricht allerdings von einem Erben auf den Pflichttheil auch für den Fall, daß derselbe in einer gewissen Summe festgesetzt ist. Allein das Gesetz schließt sich hier nur an den ungenauen Ausdruck des Erblassers an und seine Bestimmung ergiebt, daß der Bedachte in solchem Falle trotzdem nicht als Erbe im Rechtssinne gilt. Dies geht auch aus der Quelle des Anhanges, dem Reskript des Justizdepartements vom 13. Oktober 1794 deutlich hervor, wie Entsch. des O. Trib. Bd. 33 S. 47 ff. ausgeführt wird. Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt Zitelmann a. a. O. bei Gruchot Beiträge Bd. 20 S. 377. Natürlich ist auch möglich, daß der Erblasser den Pflichttheilsberechtigten zum Erben einsetzt und ihm behufs der Erbauseinandersetzung Nachlaßsachen auf den Erbtheil anweist, vgl. oben § 131 Buchst. a. Wann das Eine oder Andere geschah, ist Thatfrage.

Erbschaftsschulden, da sich durch dieselben der Werthbetrag seiner Intestatportion und damit des Pflichttheilsquantums verringert, hingegen hat er keine Beiträge zu leisten, wenn die Masse zur Befriedigung der Legatare nicht ausreichen sollte, da er diesen vorgeht.[8]

§ 207. Verletzung im Pflichttheil. Die Pflichttheilsklage.

I. Die Verschiedenheit der Theorien über die Natur des Pflichttheils nach preußischem Recht tritt vorzugsweise hervor bei der Frage der Rechtsfolgen im Fall einer Verletzung im Pflichttheil. Die Notherbentheorie muß folgerecht Nichtigkeit der Verfügung annehmen, also eine hereditatis petitio partiaria für anwendbar erachten,[1] die Rescissionstheorie sucht ein der querela inofficiosi testamenti ähnliches Rechtsmittel auszubilden. Nach der von uns vertheidigten Theorie besteht nur eine persönliche Klage zur Ausgleichung der Verletzung. Auf ein derartiges Klagrecht ist der Pflichttheilsberechtigte auch dann verwiesen, wenn ihm der Pflichttheil zwar voll hinterlassen ist, jedoch unter unzulässigen Belastungen oder Beschränkungen. Dieselben sind also nicht, wie nach römischem Recht, von Rechtswegen nichtig,[2] vielmehr hat der Pflichttheilsberechtigte auf Aufhebung der Belastung durch richterliches Erkenntniß zu klagen.[3]

II. Zahlreiche Einzelfragen sind streitig. Dies zum Theil auch unter denjenigen, welche bezüglich der Natur des Pflichttheilsrechtes von derselben Grundanschauung ausgehen.

1. Der Anspruch wegen Pflichttheilsverletzung erwächst dem Pflichttheilsberechtigten mit dem Tode des Erblassers. Daher überträgt er sich von jetzt an auf die Erben,[4] wie die römische Ergänzungsklage, während bekanntlich die querela inofficiosi testamenti die zunächst persönliche Genugthuung und Ehrenrettung des Verletzten bezweckte, auf dessen Erben nur überging, wenn sie bereits angestellt oder wenn wenigstens ihre Erhebung vorbereitet war. Auch unter Lebenden ist der Anspruch wegen Pflichttheilsverletzung über-

8) Zitelmann a. a. O. S. 383.

1) Koch Erbrecht S. 458 vgl. oben § 196 Ziff. 1.

2) l. 32 C. de inoff. test. 3, 28: ipsa conditio vel dilatio vel alia dispositio moram vol quodcunque onus introducens tollatur et ita res procedat, quasi nihil eorum in testamento additum esset.

3) L. R. II, 2 § 398 ist allerdings zweideutig, aus L. R. II, 2 §§ 432. 433 ergiebt sich die Nothwendigkeit der Klage auf Aufhebung der Last.

4) Für die Vererblichkeit u. A. Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 212, ebenso Förster Bd. 4 § 248 Anm. 173 S. 80, aber gegen die Vererblichkeit in Bd. 1 § 51 Anm. 10 S. 246. Die Vererblichkeit will Bauer a. a. O. Bd. 7 S. 70, wie nach römischem Recht l. 6 § 2 D. de inoff. test. 5, 2, nur zulassen: si jam coepta est controversia vel praeparata.

tragbar. Denn der Anspruch ist nicht mehr an die Person gebunden wie nach römischem Recht, er verfolgt nicht eine Wiederherstellung der durch die Vernachlässigung des Erblassers verletzten Ehre, vielmehr ist sein Gegenstand eine Vermögensleistung.[5]

Zweifelhaft ist, ob der Pflichttheilsanspruch der Zwangsvollstreckung Seitens der Gläubiger des Pflichttheilsberechtigten unterliegt. Die Verneinung rechtfertigt sich durch die Zwecke, zu welchen das Institut vom Recht geschaffen ist.[6]

2. Ueber die Person des Verpflichteten gehen die Ansichten sehr auseinander.

Die Notherbentheorie, welche dem Verletzten eine Erbschaftsklage zur Wahrung seiner Rechte gewährt, sieht als passiv legitimirt an, wer den Nachlaß als Erbe oder ohne jeden Rechtstitel besitzt.[7] Nach der Rescissionstheorie ist der Streit mit dem eingesetzten Erben auszumachen.[8] Auch nach der Forderungstheorie ist dies als die Regel anzusehen, da der verletzte Pflichttheilsberechtigte wie ein Erbschaftsgläubiger zu behandeln ist, der seine Ansprüche gegen den Erben zur Geltung zu bringen hat.[9] Miterben haben folgerecht gemeinsam in derselben Weise wie für andere die Erbschaft betreffende Schulden und Lasten einzustehen,[10] während sie unter sich nach Verhältniß ihrer Erbtheile beizutragen haben.[11] Dabei ist einleuchtend, daß solche Mit-

5) Francke Recht der Notherben S. 335, Windscheid Bd. 3 § 584 Anm. 5.

6) Die Frage ist in hohem Maße bestritten. Verneint wird die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung in den Pflichttheilsanspruch vom O. Trib. Entsch. Bd. 49 S. 212 und Striethorst Archiv Bd. 6 S. 335, Bd. 92 S. 318 ff. Das Obertribunal spricht sich dahin aus, das gesetzliche Erbrecht des Pflichttheilsberechtigten trete nicht ohne weiteres ins Leben und in Wirksamkeit, nothwendigerweise müsse der Pflichttheilsberechtigte also erklären, daß er von seinem Rechte Gebrauch machen wolle. Das Recht, diese Erklärung abzugeben, sei ein Verwandtschaftsrecht, ein reines Familienrecht und an sich nicht übertragbar auf Dritte. Die Uebertragbarkeit trete erst ein mit der Erklärung des Willens der Anfechtung, welche in freiwilliger Cession liege, während eine Pfändung, gegen den Willen des Berechtigten und ehe dieser jene Erklärung abgab, nicht zulässig sei. Die Vererblichkeit des Pflichttheilsanspruches stehe hiermit nicht in Widerspruch, da der Erbe in umfassendem Maße die Persönlichkeit des Erblassers vertrete. Auf dem Standpunkt des O. Trib. steht u. A. Bauer in Behrends Zeitschrift Bd. 7 S. 54, Zitelmann bei Gruchot Beitr. Bd. 20 S. 370, Förster Bd. 4 § 248 S. 80, v. Wilmowski Konkursordnung 2. Aufl. S. 56. Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigen u. A. Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 213 und Schultzenstein a. a. O. S. 185 ff., S. 269 ff. Eccius Bd. 4 § 142 Anm. 142 bemerkt: „Wie der Zweck des Pflichttheilsrechts die Verneinung der Pfändbarkeit rechtfertigen solle, vermag der Herausgeber nicht zu verstehen." Schlimm genug! Durch die R. C. P. O. § 729 ff. ist am Stande der Streitfrage nichts geändert. So auch R. G. Bd. 39 S. 157. Vgl. R. G. Bd. 37 S. 1060.

7) Koch Erbrecht S. 467.

8) Zitelmann a. a. O. bei Gruchot Beiträge Bd. 20 S. 372.

9) Schultzenstein a. a. O. S. 168 ff. Das Gleiche nimmt man bei der a. suppletoria an, vgl. Francke Notherbenrecht S. 334.

10) L. R. I, 17 § 127 ff., unten § 240, Schultzenstein a. a. O. S. 171.

11) L. R. II, 2 § 434.

erben, die nur auf den Pflichttheil eingesetzt sind, zum Pflichttheil Anderer nichts beizutragen haben. Streitig ist aber, wer passiv legitimirt ist, wenn der Erblasser das dem enterbten Kind Entzogene ausdrücklich einem bestimmten Erben oder einem Legatar zugewendet hat, oder wenn er dem Pflichttheilsberechtigten eine Beschränkung zu Gunsten eines bestimmten Dritten auflegte. Sind hier diejenigen zu verklagen, zu deren Gunsten die Pflichttheilsberechtigten im Pflichttheil verkürzt wurden? Man hat dies grundsätzlich vom Standpunkt aller aufgeführten Theorien verneint,[12] während die Praxis die Frage bejaht.[13] In der That hat sie hierin aber das Richtige getroffen, da es entsprechend ist, daß derjenige die Vertheidigung des Testamentes zu übernehmen hat, welcher bei Aufrechthaltung der bezüglichen letztwilligen Verfügung schließlich der Interessirte ist. Wenn man hiergegen vom Standpunkt der Notherbentheorie eingewendet hat, daß der Erblasser an dem von seinem Willen unabhängigen Recht des Pflichttheilsberechtigten nichts zu dessen Nachtheil anordnen und ihm nicht vorschreiben könne, an wen er sich halten und mit wem er Prozesse führen solle,[14] so ist gerade dies unzutreffend. Denn der Erblasser konnte von vornherein den Pflichttheil in beliebiger Form zuwenden, namentlich in Gestalt eines Vermächtnisses, welches er einem einzelnen der Erben oder einem Legatar auflegte. Folgerecht muß sich der Pflichttheilsberechtigte auch gefallen lassen, daß ihn der Erblasser durch seine Verfügungen nöthigt, die Klage wegen Verkürzung oder Belastung gegen die von ihm bestimmten Bedachten zu richten, welche hierdurch vom Erblasser zu Vertheidigern der bezüglichen Bestimmung und eventuell zu Verpflichteten gemacht werden.[15] Hat der Erblasser keine testamentarischen Erben ernannt, den Pflichttheil vielmehr durch Legate verkürzt, so versteht sich vollends von selbst, daß der Erbe seine Ansprüche wegen des Pflichttheils mit den Legataren auszumachen hat, was dann freilich in der Regel in solchem Fall mittels Einrede geschehen wird.

---

12) Koch Erbrecht S. 468, Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 132.

13) Striethorst Archiv Bd. 43 S. 135, Entsch. des O. Trib. Bd. 64 S. 195, R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 123, R. G. Bd. 15 S. 301.

14) Anderer Ansicht Schultzenstein a. a. O. S. 170, 267 vom Standpunkte des Forderungsrechtes, vgl. jedoch bezüglich der Belastung S. 168.

15) Hiermit stimmt überein L. R. II, 2 § 435: „Hat der Erblasser den dem enterbten Kinde entzogenen Erbtheil einem der Miterben oder Legatarien ausdrücklich beschieden, so muß dieser allein das zur Ungebühr enterbte Kind abfinden"; vgl. oben § 104 Anm. 23, siehe auch R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 124. Die Erklärung der Gegner, daß der § 435, wie der vorhergehende, nur das Verhältniß zwischen dem eingesetzten Erben und dem Legatar regele, so daß der Erbe, welcher den Pflichttheil seinerseits zu entrichten habe, sich an den Legatar zu halten befugt sei, ist dem bestimmten Wortlaut gegenüber gewagt. Vgl. R. G. Bd. 15 S. 300.

3. Der Anspruch wegen Verletzung im Pflichttheil entsteht zwar mit dem Tode des Erblassers, aber seine Geltendmachung im Wege des Prozesses wird aufgeschoben, bis die Ueberlegungsfrist für den mit der Entrichtung belasteten Erben abgelaufen ist.[16] Auch wird man dem Verpflichteten, da er den Pflichttheil aus dem Nachlaß zu entrichten hat, eine angemessene Frist zu gewähren haben, um die Geldsumme, welche den Pflichttheil ausmacht, aus dem Nachlaß flüssig zu machen. Hiernach ist eine im letzten Willen bestimmte Frist, welche das Angemessene nicht überschreitet, keine unzulässige Belastung.[17]

4. Zinsen werden erst geschuldet, wenn der Verpflichtete in Verzug gesetzt ist.[18]

5. Der Pflichttheilsberechtigte hat sein das Pflichttheilsrecht begründendes Verwandtschaftsverhältniß darzulegen und im Streitfall zu erweisen, desgleichen die für die Passivlegitimation des Beklagten nöthigen Thatsachen darzuthun. Das Pflichttheilsquantum, welches er hiernach zu beanspruchen hat, ergiebt sich aus dem Inventar, das ihm der Erbe zu legen hat. Sache des Beklagten ist es, im Streitfall zu beweisen, daß Kläger bezüglich seines Pflichttheils vom Erblasser abgefunden ist.

Streitig ist, ob der beklagte Erbe die Richtigkeit der vom Erblasser angegebenen Enterbungsgründe darthun muß, oder ob der Kläger deren Unrichtigkeit und damit seine Würdigkeit nachzuweisen hat. Bezüglich der Enterbung zur Strafe nimmt man gemeinrechtlich das Erstere überwiegend in Gemäßheit der Novelle 115 an;[19] bezüglich der Enterbung in guter Absicht, über welche die Novelle nichts verordnet, sind die Meinungen getheilt.[20] Für das preußische Recht hat das Obertribunal ausgesprochen, daß zwar bei Enterbung zur Strafe dem Beklagten der Nachweis der Richtigkeit des Ausschließungsgrundes obliege, nicht aber bei Enterbung aus guter Absicht, deren Begründetheit dem Kinde gegenüber vermuthet werden müsse.[21] Für eine derartige Unterscheidung besteht jedoch kein Grund, in beiden Fällen liegt eine Ausnahme vor, deren Voraussetzung der Beklagte zu beweisen hat.[22] Hiermit ist wohl vereinbar, daß das in seinem letzten Willen nieder-

---

16) Vgl. L. R. I, 9 § 386.

17) So Schultzenstein a. a. O. S. 183 den Lebensverhältnissen entsprechend, dagegen Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 139.

18) R. G. Bd. 25 S. 307.

19) Nach klassischem Recht hatte, wer die querela inofficiosi testamenti anstellte, seine Würdigkeit zu beweisen, vgl. l. 3, l. 5 § 1 D. h. t. 5, 2, vgl. l. 28 C. eod. 3, 28. Anders Justinian l. 30 pr., l. 34 C. eod., nov. 115 cap. 3 § 14.

20) Glück Bd. 7 S. 264.

21) Entsch. des O. Trib. Bd. 33 S. 104.

22) So auch Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 184.

gelegte Zeugniß des Ascendenten ein erhebliches Anzeichen für die Richtigkeit des angegebenen Grundes bildet, welches bei der derzeitigen freien Beweistheorie von entscheidendem Gewicht sein kann.

6. Die Klage des Pflichttheilsberechtigten unterliegt einer zweijährigen Verjährung,[23] zu welcher die fünfjährige Verjährung der querela inofficiosi testamenti den Anstoß gegeben haben mag.[24] Dieser Verjährung unterliegt die Klage wie bei völliger Enterbung, so auch im Fall einer Verkürzung im Pflichttheil und bei ungerechtfertigter Belastung; dies selbst dann, wenn der Erblasser keinen gültigen Enterbungsgrund anführte, oder das Kind mit Stillschweigen überging.[25]

Der Beginn der Verjährung setzt voraus Entstehung des Klagerechts, insbesondere also daß dem eingesetzten Erben die Ueberlegungsfrist abgelaufen ist und außerdem beim Pflichttheilsberechtigten Kenntniß der Verletzung, welche regelmäßig durch Mittheilung des pflichtwidrigen Testamentes entstehen wird. Doch ist die Frage eine thatsächliche; es kann trotz solcher Mittheilung eine falsche Auslegung der Testamentsbestimmungen oder Irrthum über die Höhe des Nachlasses die Nichtkenntniß der Verletzung herbeiführen.[26] Die Unterbrechung der Verjährung dieser Klage geschieht nach den allgemeinen Grundsätzen der Verjährung.[27]

7. Die Querel des römischen Rechtes wurde ausgeschlossen durch jede Handlung des Verletzten, welche den Testamentserben in dieser Qualität anerkannte und damit offenbarte, daß sich der Zurückgesetzte gegen den letzten Willen des Erblassers nicht auflehnte. Daher schloß unter Anderem von der Querel aus Annahme von Vermächtnissen, sowie Erwerb von Erbschaftssachen

---

23) L. R. II, 2 § 440, Gärtner a. a. O. S. 433 ff. — oben § 195 Anm. 1 — behauptete, daß die 2 Jahre die Deliberationsfrist des Notherben seien, eine Meinung, welche, willkürlich und gekünstelt, keine Anerkennung fand.

24) l. 8 § 17 D. h. t. 5, 2. Die Zeit der Verjährung der Querel wurde vom Antritt der Erbschaft durch den Testamentserben gerechnet l. 36 § 2 C. h. t. 3, 28.

25) Nach der Stellung von L. R. II, 2 § 441 und § 442 gegenüber § 440 konnte namentlich Letzteres zweifelhaft sein. Das Obertribunal hat jedoch diese Zweifel niedergeschlagen, da § 441 und 442 nur als Ergänzung und Erläuterung von §§ 432—436 zu betrachten seien, Entsch. des O. Trib. Bd. 24 S. 129, vgl. überhaupt Striethorst Archiv Bd. 90 S. 279.

26) Dies ist der Sinn des Präjudizes des O. Trib. 251. Sieh ferner R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 1012, Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 150.

27) Anders Striethorst Archiv Bd. 38 S. 220. Die Berufung auf den Wortlaut des § 440 und die Aeußerung von Suarez, wonach die kurze Frist zur Anstellung der Anfechtungsklage die Ungewißheit für die übrigen Betheiligten abkürzen soll, kann eine singuläre Behandlung sicher nicht rechtfertigen, vgl. Koch Erbrecht S. 473, jedoch Förster Bd. 4 § 248 Anm. 199 S. 85, gegen Förster Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 156. — Ueber den Beginn der Verjährung während der Minderjährigkeit des Pflichttheilsberechtigten vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 730 und 845.

vom Testamentserben,[28] die Ergänzungsklage dagegen ging durch eine Anerkennung des Testamentserben als solchen nicht verloren. Den letzteren Standpunkt nimmt das preußische Recht allgemein ein. Nicht die Anerkennung des Testamentserben als solchen, nur die Anerkennung der verletzenden Verfügung entzieht das Anfechtungsrecht. Diese Anerkennung muß gegenüber dem Pflichtigen abgegeben, sie muß ausdrücklich und schriftlich sein.[29] Die Anerkennung des Testamentes im Ganzen nimmt dem Pflichttheilsberechtigten das Anfechtungsrecht nur, wenn ihm die Verletzung im Pflichttheil bekannt war oder wenn sie wenigstens für ihn in Frage stand.[30]

8. Sehr streitig ist, inwieweit der Erbe, welcher den Pflichttheilsberechtigten gerecht werden muß, einen Beitrag von den Legataren fordern kann. Zweifellos ist nur, daß dieselben beitragspflichtig sind, wenn der Nachlaß nicht vollständig zugleich zur Entrichtung des Pflichttheils und der Legate hinreicht, vorausgesetzt, daß dem Erben die Wohlthat des Inventars zu Gute kommt.[31]

Es fragt sich aber, ob der Erbe, welcher seinerseits in Folge Geltendmachung des Pflichttheils eine Verkürzung leidet, diese Verkürzung verhältnißmäßig durch Verminderung der Legate auf die Vermächtnißnehmer übertragen kann. Wenn z. B. die Erbschaft 1000 beträgt, der Erblasser 500 vermacht hat, ein Pflichttheilsberechtigter gegen das Testament 500 erstritt, so entsteht der Zweifel, ob der Erbe die Legate voll zu entrichten hat oder nur 250 auszahlen muß. Die gesetzlichen Bestimmungen stehen im Widerspruch mit einander.[32] In der That muß sich Alles nach der vermuth-

---

28) l. 32 pr. D. de inoff. test. 5, 2. — l. 10 § 1, l. 23 § 1 D. eod.

29) Vgl. L. R. II, 2 § 438, R. G. bei Gruchot Bd. 38 S. 1111, Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 144, vgl. unten § 229 Anm. 4. Die Grundsätze über Entsagung einer Erbschaft sind nicht, wie Gärtner a. a. O. S. 435 behauptete, maßgebend. L. R. II, 2 § 439 bestimmt, daß die bloße Annahme eines Vermächtnisses für ein Anerkenntniß nicht zu achten ist, welches der Pflichttheilsklage verlustig macht. Hierin liegt kein Widerspruch gegen L. R. I, 12 § 612, sondern die gesetzliche Erklärung, daß der dort ausgesprochene an sich berechtigte Grundsatz auf unseren Fall nicht paßt, weil die Pflichttheilsklage das Testament nicht als solches angreift, sondern nur eine Ergänzung des durch das Vermächtniß unvollständig gewährten Pflichttheils bezweckt. Es ist andererseits selbstverständlich, daß die Auszahlung von Legaten durch den Testamentserben diesem das Recht nicht entzieht, auch den Empfängern gegenüber seine später erhellende Verkürzung im Pflichttheil durch Legate geltend zu machen, vgl. Striethorst Archiv Bd. 91 S. 279. — Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 38 S. 1114.

30) L. R. I, 12 § 613, Gärtner a. a. O. Bd. 2 S. 435, Koch Erbrecht S. 470.

31) L. R. I, 12 § 334. R. G. Bd. 16 S. 222. — Vgl. Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 138.

32) L. R. I, 12 § 334 bestimmt, daß die Legatare beitragen oder Abzug leiden müssen, wenn der Nachlaß zur Bezahlung der Schulden und Ergänzung des Pflichttheils nicht zureicht, L. R. II, 2 § 434 dagegen besagt: zur Entrichtung oder Ergänzung eines solchen Pflichttheils müssen die übrigen Erben und Legatarien nach Verhältniß ihrer Portionen beitragen. Dieser Paragraph stimmt überein mit § 324 des ersten

lichen Absicht des Erblassers richten. Man wird im Allgemeinen annehmen dürfen, daß der Erblasser den Legatar bei den Vortheilen wie auch den Nachtheilen, welche sich in Folge der Ausmittelung der Erbmasse herausstellen, nicht betheiligen wollte, daß der Legatar also der Regel nach auch durch die Geltendmachung von Pflichttheilsansprüchen gegen den Erben nicht berührt wird.[33] Es können aber die Umstände auch so sein, daß man nach der vermuthlichen Absicht des Erblassers eine Verminderung des Legates vorzunehmen hat, weil es offensichtlich ist, daß er selbst die Vermächtnisse vermindert hätte, wenn die Erbschaftsmasse, aus der sie zu entrichten sind, eine Verkürzung erlitten hätte.[34]

§ 208. Uebergehung aus Irrthum.

I. Ein schwieriges Problem stellt der Fall, wenn der Erblasser einen Descendenten deshalb im Testament nicht berücksichtigte, weil er ihn zur Zeit der Testamentserrichtung irrthümlich für verstorben hielt, oder dessen Dasein noch nicht kannte, oder weil derselbe erst später geboren oder konzipirt wurde oder sonst in die Stellung eines Descendenten kam.

Die Römer besaßen eine einfache und durchgreifende Lösung der bezüglichen Fragen, wenn es sich um agnatisch verwandte Descendenten handelte. War nämlch der filius suus aus Irrthum übergangen, so war, wie bei jeder Präterition das Testament nichtig; der Emancipirte, welcher präterirt war, hatte die contra tabulas bonorum possessio, endlich der nach der Testamentserrichtung erwachsende postumus suus rumpirte nothwendig das Testament; erst in Gemäßheit der Bestimmungen, die das spätere Recht allmählich zur

---

Theiles Titel 2 des Gesetzbuches und hierbei wird bemerkt — Anm. zu § 322 Bd. 1 S. 212 des Erbrechts — „Nur soviel kann das Gesetz vermuthen, daß der Erblasser, wenn er sich den Fall der Schwächung der Masse durch den von dem enterbten Kinde hinwegzunehmenden Pflichttheil gedacht hätte, den Testamentserben mit Legaten und anderen Abgaben weniger belastet haben würde, woraus folgt, daß die Abfindung des Kindes mit seinem Pflichttheil nicht den Erben allein, sondern auch die Legatarien nach Verhältniß ihrer Theilnehmung an der Masse treffen müsse." Eine Vereinigung der beiden Gesetze der Art, daß man den § 434 dahin ergänzt „wenn die Masse nicht zureicht" ist daher unzulässig. Das Gesetz hatte bei beiden Bestimmungen verschiedene Fälle im Auge und sprach sich in beiden zu allgemein in widersprechender Weise aus. Der Vereinigungsversuch von Schultzenstein a. a. O. S. 128 ist unseres Erachtens gleichfalls nicht befriedigend und wird dem § 434 nicht gerecht.

33) Das Obertribunal nimmt dies an, ohne jedoch einer Ausnahme zu gedenken. Entsch. Bd. 28 S. 86, Striethorst Archiv Bd. 19 S. 355. Die meisten Schriftsteller haben sich gegen das O. Trib. erklärt. So Gärtner a. a. O. Bd. 2 S. 441, Bornemann Bd. 6 S. 199, Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 606. Koch, welcher im Kommentar zu L. R. II, 2 § 434 dem Obertribunal beitrat, hat sich im Erbrecht S. 428 ff. gegen dasselbe erklärt. Förster Bd. 4 hatte beide Ansichten. Im § 248 Anm. 182 S. 82 erklärt er sich gegen die Auffassung des Obertribunals, dagegen entscheidet er sich im § 276 Anm. 74 S. 347 für dieselbe. Für sie ist auch Schultzenstein a. a. O. S. 128 ff.

34) Vgl. auch Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 138.

Geltung brachte, konnte dies durch Vorsorge des Erblassers im Testament abgewendet werden. Das ältere formelle Recht griff dagegen nicht ein, wenn die Descendenten einer Frau oder durch den Weiberstamm aus Irrthum oder Unkenntniß übergangen waren.[1] Hatte die Mutter aber aus Irrthum ihr Kind todt geglaubt und übergangen, so konnte immer noch Inofficiosität wegen ihrer Leichtgläubigkeit behauptet oder das Testament wegen Irrthums angegriffen werden.[2] Inofficiosität nahm man auch an, wenn die Mutter das Testament, nachdem sie Descendenten erhalten hatte, nicht änderte; war sie dagegen z. B. weil sie im Kindbett verstarb, zur Aenderung nicht mehr im Stande, so sollte nach kaiserlicher Verordnung das nachgeborene mit den eingesetzten Geschwistern einen Kopftheil erben.[3]

II. Nach dem landrechtlichen System sind scharf die Fälle, in welchen der Erblasser bei Errichtung des Testamentes von dem Pflichttheilsberechtigten nichts wußte, von denen zu scheiden, in welchen er dessen Vorhandensein kannte. Wenn es im letzteren Falle als folgerecht anzusehen ist, daß der Pflichttheilsberechtigte höchstens seinen Pflichttheil erhält, so läge im ersten Fall hierin eine Härte, da die bloße Abfindung mit dem Pflichttheil immerhin eine Zurücksetzung ist, die, weil vom Erblasser nicht gewollt, hier innerlich nicht begründet ist. Es wurden daher für diesen Fall besondere Bestimmungen getroffen, die jedoch vom Vorwurf der Willkür nicht freizusprechen sind:[4]

a) Wenn der Erblasser, ohne von dem Dasein eines Nachkommen erfahren zu haben, oder innerhalb eines Jahres nach erhaltener Kenntniß ohne Testamentsänderung verstarb, so wird gemäß dem vermutheten Willen des Erblassers sein Testament dahin ergänzt, daß der Uebergegangene so viel erhält, als der im Testament am wenigsten bedachte Erbe, so daß ihm aber mindestens der Pflichttheil zukommt.[5] Er erlangt das ihm gesetzlich

---

1) l. 27 § 4 D. h. t. 5, 2.

2) l. 28 D. eod. 5, 2.

3) l. 3 C. de inofficioso testamento 3, 28: sed quum eam in puerperio vita decessisse proponas, repentini casus iniquitas per conjecturam maternae pietatis emendanda est; quare filio tuo, cui nihil praeter maternum fatum imputari potest, perinde virilem portionem tribuendam esse censemus, ac si omnes filios heredes instituisset. Sin autem heredes scripti extranei erant, tunc de inofficioso testamento actionem instituere non prohibetur.

4) L. R. II, 2 § 444 ff. Einfacher und durchgreifender waren die Bestimmungen des Entwurfes des Gesetzbuches Th. I Tit. 2 § 329 ff., wonach der letzte Wille unkräftig sein sollte, wenn der Erblasser das Dasein seines Kindes nicht kannte, dasselbe nicht verstorben war oder nachgeboren wurde, ohne daß Vorsorge für dasselbe getroffen war, so jedoch daß, wenn es wieder verstarb, die Verfügung gültig blieb. Die Geschichte der Umgestaltung im Landrecht findet sich bei Bornemann Bd. 6 S. 201, doch giebt dieselbe über die Motive keine nähere Auskunft.

5) Die Bestimmung gilt sowohl, wenn der Erblasser bei der Testamentserrichtung von der Geburt eines Descendenten nichts wußte oder ihn für todt hielt, als auch, wenn

Zugewendete nicht als Miterbe; es steht auch ihm vielmehr nur eine persönliche Forderung auf eine entsprechende Summe zu.[6]

b) Hat der Erblasser das Testament innerhalb eines Jahres, nachdem er von dem Dasein des Pflichttheilsberechtigten Kenntniß erhielt, nicht geändert, so tritt die Abfindung mit der gedachten Mindestportion nicht ein. Man sollte erwarten, daß nunmehr das Testament bei Kräften bliebe und der Uebergangene auf den Pflichttheil beschränkt würde. Es wird aber im Gegentheil das Testament nunmehr kraftlos, also die gesetzliche Erbfolge eröffnet.[7] Hierbei erhebt sich jedoch die Frage, ob diese Nichtigkeit eine absolute ist, ob also dann, wenn der Pflichttheilsberechtigte vor dem Erblasser stirbt, oder der Erbschaft entsagt, die ferner stehenden gesetzlichen Erben einrücken. Dies ist nach dem Zweck der Bestimmung zu verneinen.[8] Es tritt hiernach ein der römischen bonorum possessio contra tabulas ähnliches Verhältniß ein. Fällt also der übergangene Pflichttheilsberechtigte vor dem Testator weg oder tritt er aus der Zahl der Pflichttheilsberechtigten, so behält das Testament seine Gültigkeit.[9] Ueberlebt der Pflichttheilsberechtigte den Testator und entsagt der Erbschaft nicht, so erwirbt nicht nur er, sondern — commisso per alium edicto — auch die testamentarisch

---

der Descendent nachher erst geboren ist oder durch Legitimation in ein Kindesverhältniß tritt. Nicht genau spricht der § 444 des Titels aus „so muß der Uebergangene aus dem Nachlaß soviel erhalten, als im Testament dem am mindesten begünstigten Erben ausgesetzt worden." Die Meinung geht natürlich dahin, daß der Uebergangene soviel erhalten soll, als dem Mindestbegünstigten nach der Verminderung, die durch seinen Hinzutritt nöthig wird, zukommt. Es ist also dasselbe System anzuwenden, wie es L. R. I, 12 § 269 — oben § 129 Anm. 17 — vorgeschrieben ist. Entsch. des Obertribunals Bd. 39 S. 216 hat dies anerkannt. Der Uebergangene erhält nur das Erbtheil des Mindestbedachten, hat also keinen Anspruch auf Vorvermächtnisse, wie sie diesem zugetheilt sind. Erbschaftsschulden und den Erben als solchen aufgelegte Vermächtnisse sind ihm zwar mit anzurechnen, dagegen fallen ihm nicht zur Last besondere Beschränkungen und Belastungen, welche dem wenigstbedachten Erben für seine Person aufgelegt waren. Entsch. a. a. O. S. 218. Vgl. auch Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 114 gegen Förster. — Das Landrecht macht im Gegensatz zu der das Vorbild abgebenden l. 3 C. de inofficioso testamento 3, 28 keinen Unterschied, ob der mindestbedachte Erbe ein Descendent oder ein Fremder ist. Dies ergiebt auch die Entstehungsgeschichte des § 444, vgl. Bornemann Bd. 6 S. 201, Entsch. Bd. 24 S. 362.

6) Nach der l. 3 C. de inofficioso testamento 3, 28 war das nachgeborene Kind Miterbe. Nach L. R. II, 2 § 447 ist dies nicht der Fall, der Uebergangene erhält nur Anspruch auf „Abfindung", vgl. freilich Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 116. Man wird folgerecht auch die kurze Verjährung der Pflichttheilsklage — oben § 207 Ziff. 6 — eintreten lassen.

7) L. R. II, 2 §§ 450, 451. Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 56 not. 25 bemerkt: die Bestimmung des § 450 kann nicht für folgerecht gehalten werden. Denn je länger der Erblasser bei seinem einmal ausgesprochenen Willen verharrt, desto bestimmter legt er an den Tag, daß er es hierbei bewenden lassen wolle. So auch Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 251.

8) Voigt Preußische Anwaltszeitung 1865 S. 402.

9) l. 3 § 6 D. de bon. contra tabulas 37, 4.

eingesetzten Descendenten die Erbschaft ab intestato. Wird die gesetzliche Erbschaft eröffnet, so fallen alle im Testament enthaltenen letztwilligen Verfügungen zusammen.[10]

c) Abweichend ist das Verhältniß behandelt, wenn der Erblasser nach Errichtung des Testamentes Jemanden an Kindes Statt annahm. Hier wird das Testament auch schon vor Ablauf des auf die Adoptirung folgenden Jahres kraftlos, jedoch, wie wir annehmen dürfen, gleichfalls nur zu Gunsten des Pflichttheilsberechtigten.[11]

Der Grund der Aufhebung des Testamentes in Folge der Adoption liegt nicht in einer blinden Uebernahme des römischen Ruptionsrechtes,[12] sondern darin, weil in der Adoption, wenn auch mittelbar, doch unzweideutig die Absicht der Aufhebung früherer letztwilliger Verfügungen ausgedrückt ist.

III. Pflichttheilsrecht der Ascendenten und Ehegatten.

§ 209. Recht der Ascendenten.[1]

1. Das Recht der Ascendenten auf Hinterlassung des Pflichttheils ist dem der Descendenten durchweg entsprechend geordnet; auch bei einer Uebergehung wegen Unkenntniß haben sie die Rechte der Descendenten. Der Pflichttheil der Ascendenten beträgt jedoch stets $1/_2$ ihres gesetzlichen Erbtheils, also ohne Rücksicht auf die Zahl der Miterben.[2]

2. Auch hier ist die Enterbung nicht bloß zur Strafe, sondern auch in guter Absicht zulässig.[3] Für die Enterbung der Ascendenten zur Strafe sind 7 Gründe aufgestellt. Der erste stimmt mit dem ersten der Descendentenenterbung überein;[4] den zweiten bildet, analog dem dort aufgestellten zweiten, Nachstellung nach dem Leben des Erblassers, seines Ehegatten oder seiner

10) L. R. I, 12 § 279 ist auf diesen Fall mithin nicht anwendbar.

11) L. R. II, 2 § 456 — oben § 103 Anm. 13. — Dies wird man auch auf Kodicille beziehen müssen. Anderer Ansicht Koch Kommentar. Ueber Erbverträge vgl. oben § 178.

12) § 1 J. quibus modis testamenta infirm. 2, 17, l. 8 pr. D. injusto rupto test. 28, 3.

1) L. R. II, 2 § 501 ff., § 1 J. de inoff. test. 2, 18, l. 1, l. 15 pr. D. de inoff. test. 5, 2.

2) L. R. II, 2 § 502. Dies ist namentlich auch dann der Fall, wenn sich das gesetzliche Erbtheil entfernterer Ascendenten durch Konkurrenz mit halbbürtigen Geschwistern mindert.

3) L. R. II, 2 § 515. So auch nach gemeinem Recht Mühlenbruch bei Glück Bd. 37 S. 464.

4) L. R. II, 2 § 506, vgl. oben § 202 Ziff. 1.

Nachkommen,[5] den dritten boshafte Zufügung eines erheblichen und dauernden Schadens durch üble Behandlung der Gesundheit des Erblassers.[6] Der vierte Enterbungsgrund entspricht dem dritten Grund für Enterbung der Descendenten, verlangt jedoch fälschliche Anschuldigung eines groben Verbrechens, auf welches Zuchthausstrafe gesetzt,[7] der fünfte entspricht dem sechsten der Descendentenenterbung und liegt in ehebrecherischem Umgang mit dem Ehegatten des enterbenden Kindes während der Ehe.[8] Die beiden letzten Enterbungsgründe ahnden schwere Verletzung der den Ascendenten gegen ihre Abkömmlinge obliegenden besonderen Pflichten, nämlich einmal gröbliches Verschulden in der körperlichen oder sittlichen Erziehung des Enterbenden, endlich vorsätzliche Weigerung der Ernährung des ohne grobes Verschulden in Elend gerathenen Kindes trotz eigenen hinreichenden Vermögens.[9]

3. Geschwister haben nach preußischem Recht kein Pflichttheilsrecht gegen einander.[10]

§ 210. Pflichttheilsrecht der Ehegatten.

I. Die statutarische Portion des überlebenden Ehegatten gilt im deutschen Privatrecht als ein durch das eheliche Leben verdientes Recht, sie kann daher durch einseitige Verfügung zum Nachtheil des Ueberlebenden nicht geschmälert werden, es sei denn, daß ihm eine Verschuldung zur Last fällt, welche dem anderen unschuldigen Theil einen Scheidungsgrund gegeben hätte.[1] Da auch das Recht des märkischen Ehegatten auf die Hälfte der Gesammtmasse der beiderseitigen Vermögen als statutarische Portion angesehen wird, so kann dies Recht, von solchen Scheidungsgründen abgesehen, durch die einseitige letztwillige Verfügung des vorverstorbenen Ehegatten weder beseitigt

---

5) L. R. II, 2 § 507, vgl. oben § 202 Ziff. 2.

6) L. R. II, 2 § 508. Auch Mißbrauch des elterlichen Züchtigungsrechtes kann hierher gehören. Dieser Grund steht an Stelle der für die Enterbung der Descendenten in §§ 402, 403 und 404 d. T. — oben § 202 Anm. 8. 10. 12 — gegebenen.

7) L. R. II, 2 § 509, vgl. oben § 202 Ziff. 3.

8) L. R. II, 2 § 511, vgl. oben § 202 Ziff. 6.

9) L. R. II, 2 §§ 512 und 513.

10) L. R. II, 3 §§ 32, 33, vgl. oben § 197 bei Anm. 6. Das römische Recht gab bekanntlich den consanguinei, d. h. den Geschwistern, die den Vater gemeinsam hatten, ein Pflichttheilsrecht, wenn ihnen turpes personae vorgezogen wurden, l. 27 C. h. t. 3, 28, § 1 J. h. t. 2, 18. Die Gründe, welche dahin führten, dieses so eingeschränkte Recht nicht zu übernehmen, hat Suarez in der Schlußrevision von Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 146 ausgeführt. Auf dem älteren germanischen Rechte ruhende Partikularrechte haben freilich einen anderen Standpunkt, z. B. die revidirte Danziger Willkühr von 1761 Th. II Kap. 6 Art. 4 § 14 vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 20 S. 432. In der Mark Brandenburg, wo die ersten drei Titel des zweiten Theils suspendirt sind, gelten die gemeinrechtlichen Bestimmungen Scholtz von Hermensdorf 3. Aufl. S. 276.

1) Gerber deutsches Privatrecht § 255, vgl. ferner bei Gruchot Erbrecht Bd. 2 S. 516 Angeführte. Vgl. auch oben § 190 Ziff. II z. A.

noch beschränkt werden, falls der Ueberlebende das Testament nicht freiwillig anerkennt. Bei der statutarischen Portion kommt der deutschrechtliche Gesichtspunkt zur Geltung, wonach das Intestaterbrecht des Notherben der testamentarischen Verfügung nothwendig entzogen ist und nicht eine bloße Anfechtung stattfindet.[2] [3]

II. Dagegen hat das Pflichttheilsrecht der Ehegatten, welche sich nach preußischem Landrecht beerben, nichts mehr von einem Notherbrecht an sich, vielmehr sind auf dasselbe die Grundsätze des Pflichttheilsrechts der Descendenten entsprechend anzuwenden,[4] die Klage wegen Verletzung ist daher eine bloß persönliche und unterliegt der zweijährigen Verjährung. Auch dieser Pflichttheil beträgt die Hälfte des gesetzlichen Erbtheils.[5] Und zwar kommt nur der Erbtheil der Ehegatten in Betracht, nicht aber das dem überlebenden Ehegatten im Fall der gesetzlichen Erbfolge gebührende Voraus,[6] wie auch nicht der Nießbrauch, welcher bei allgemeiner Gütergemeinschaft dem Ueberlebenden an der Hälfte des Vorverstorbenen zusteht.[7] Nach westphälischem Provinzialrecht jedoch hat auch dieser Nießbrauch eine Pflichttheilsnatur.[8] Verschuldung, welche dem vorversterbenden Ehegatten das Recht zum Scheidungsantrag gegeben hätte, rechtfertigt die Entziehung des Pflichttheils.[9] Der Enterbungsgrund fällt nicht dadurch weg, daß der verstorbene Ehegatte, wegen Verzeihung oder Verjährung, im Augenblick des Todes außer Stande gewesen wäre, mit der Ehescheidungsklage durchzudringen.[10] Die Wirkung der Verzeihung der Ehegatten auf die Enterbung

---

2) Dies führt Korn Güterrecht S. 199 ff. näher aus, vgl. auch oben § 195 Ziff. 2. Korn wendet sich gegen die Entscheidung des Obertribunals Bd. 16 S. 515, wonach der überlebende märkische Ehegatte nicht befugt sein soll, die Subhastation eines zum Nachlaß gehörigen und vom Erblasser einem Erben zu einem gewissen Preis überwiesenen Grundstückes zu verlangen, weil das statutarische Erbrecht vom Testament nicht berührt werden könne.

3) Dem märkischen Recht entsprechend ist die neu revidirte Willkühr der Stadt Danzig von 1761 Th. 2 Kap. 6 Art. 6. Ueber die statutarische Portion nach Lübischem Recht vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 34 S. 226 ff.

4) L. R. II, 1 § 633. Eine Ausnahme oben § 205 bei Anm. 3.

5) L. R. II, 1 § 631.

6) Siehe oben § 98 Ziff. 6 a. E. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 6 S. 357, Bd. 8 S. 44.

7) L. R. II, 1 § 645, oben § 39 bei Anm. 9. Dies hat das Obertribunal mehrfach anerkannt, insbesondere Entsch. Bd. 23 S. 451.

8) Gesetz vom 16. April 1860 betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westphalen § 7 Abs. 4.

9) L. R. II, 1 § 632.

10) So das O. Trib. Entsch. Bd. 63 S. 230 und die Mehrzahl der Schriftsteller. Entgegengesetzter Ansicht ist jedoch unter Anderem v. Scholtz-Hermensdorff Provinzialrecht der Kurmark Bd. 2 S. 164.

ist vielmehr nach denjenigen Grundsätzen zu bemessen, welche bezüglich der Enterbung der Descendenten entscheiden.[11]

III. Die gesetzlichen Bestimmungen über die Folgen der Uebergehung eines Kindes wegen Irrthums oder Nichtkenntniß desselben sind auf Ehegatten, welche der Erblasser als verstorben ansah, nicht anwendbar, da das Gesetz dem Ehegatten nur den Pflichttheil gewährleistet.[12]

IV. Beschränkungen bei Lebzeiten des Erblassers.

§ 211. Anspruch der Kinder im Fall der Scheidung der Eltern.

I. In der älteren gemeinrechtlichen Jurisprudenz trat nicht selten die Ansicht hervor, welche wohl in Beziehung zu deutschrechtlichen Anschauungen steht, daß die Kinder schon bei Lebzeiten der Eltern ein Recht auf ihren Pflichttheil hätten, wenn derselbe durch die Bosheit der Eltern gefährdet sei oder wenn sich die Eltern einer verschwenderischen Lebensweise hingäben.[1] Obgleich jene Auffassung mit den Grundideen des römischen Erbrechtes in Widerstreit stand, nach denen viventis hereditas non datur,[2] und daher auch im gemeinen Recht nicht zur Anerkennung kam, so blieb sie nicht ohne Einfluß auf die Praxis der Partikularrechte.

II. Im Anschluß hieran bestimmt das Landrecht, daß der bei einer Ehescheidung für schuldig erklärte Theil den aus der geschiedenen Ehe erzeugten Kindern soviel aussetzen müsse, als der Pflichttheil betragen hätte, wenn die Ehe bei der Scheidung durch Tod gelöst worden wäre,[3] da die Abneigung des Parens gegen die der geschiedenen Ehe entstammenden Nachkommen in Zusammenhalt mit seiner offenbar gewordenen moralischen Verderbniß die Gefahr einer Beeinträchtigung des Pflichttheils der Kinder nahelege.[4] Den Kindern und ihren Descendenten wird jedoch nur die Substanz vorbehalten, Nießbrauch und Verwaltung behält der schuldige Parens.[5][6] Nur wenn das Kind vom Parens gesetzlich

---

11) Vgl. L. R. II, 2 § 414 ferner oben § 202 Ziff. V.
12) So das O. Trib. Entsch. Bd. 7 S. 1, oben § 208.

1) So Carpzov def. for. p. III const. 12 def. 10. Vgl. Glück Bd. 7 S. 110. Thomasius schrieb de legitima viventis Halae 1700 dissert. tom. II p. 408.

2) Vgl. oben § 95 Ziff. 3.

3) L. R. II, 2 § 457 ff. Bei der Berechnung kommt das Vermögen des Schuldigen nur nach Abzug der dem unschuldigen Ehegatten gebührenden Abfindung in Anschlag.

4) Anmerkung zum Entwurf des Gesetzbuches Th. 1 Abth. 1 Tit. 2 § 333 Bd. 1 S. 214.

5) L. R. II, 2 § 461 ff. Es ist eine besondere Erbfolge in dieses Vermögen festgesetzt, L. R. II, 2 §§ 467, 468.

6) Die Kinder haben das Vorrecht der R. K. O. § 54 Ziff. 5 im Konkurse ihres Parens, oben § 57 Anm. 4.

eine Ausstattung fordern könnte, soll es den ausgesetzten Pflichttheil zu freier Verfügung erhalten.[7] Folgewidrig ist, daß das Kind gleichwohl beim Tode des Parens von dessen Nachlaß, wie er sich in diesem Zeitpunkt gestaltet, den Pflichttheil fordern kann.[8] Konkurriren jedoch Halbgeschwister aus einer anderen Ehe, so ist der Scheidungspflichttheil wie eine Ausstattung in das zur Zeit des Todes Gebührende einzurechnen.[9]

III. Durch die Cirkularverordnung vom 30. December 1798[10] wurde die Geltendmachung des Rechtes auf einen Pflichttheil im Fall der Scheidung an die Bescheinigung geknüpft, daß sich der schuldige Parens der Verschwendung des Vermögens verdächtig mache. Es verlor hiermit sehr an praktischer Bedeutung; gegebenen Falls wird man die Entmündigung des Parens wegen Verschwendung unserem Institut vorziehen.

§ 212. Pflichtwidrige Schenkungen.[1]

I. Gesetze mit zwingender Kraft, welche Interessen oder Neigungen der Betheiligten zuwiderlaufen, ist der Scharfsinn der Betheiligten zu umgehen beflissen. In Folge dessen werden nicht selten weitere Zwangsgesetze nothwendig, welche noch tiefer eingreifen und bedenklicher sind, als die ursprünglich getroffenen Beschränkungen. So war der Pflichttheil an und für sich nur im Fall von Verfügungen von Todeswegen zu wahren und berührte Vergabungen unter Lebenden nicht, aber da das Pflichttheilsrecht durch Schenkungen unter Lebenden oder Dosbestellungen nicht selten vereitelt wurde, sah sich der römische Gesetzgeber vor die schwierige Aufgabe gestellt, die hierdurch einreißende Umgehung seines Willens zu verhindern. Demnach schuf man in der römischen Kaiserzeit die querela inofficiosae donationis und dotis unter Streitfragen, die sich zum großen Theil in das gemeine Recht forterbten.[2]

Als pflichtwidrig und anfechtbar galt eine Schenkung unter Lebenden oder eine Dosbestellung, wenn der Schenker zur Zeit ihrer Vollziehung

---

7) Vgl. L. R. II, 2 § 469 und oben § 48 Ziff. 1, 2, 3.

8) L. R. II, 2 § 473.

9) L. R. II, 2 § 475.

10) Cirkularverordnung vom 30. December 1798 Abschnitt III § 2 und 3 n. c. c. tom. X p. 1839 und 1840. Hieraus ist Anhang § 92 zu L. R. II, 2 § 460 entnommen.

1) L. R. I, 11 § 1113 ff. Müller über die donatio inofficiosa in Simon's Zeitschrift Bd. 1 S. 65, Simon und v. Strampff Betrachtungen über die donatio inofficiosa, und die damit verwandten Lehren des Widerrufes einer Schenkung wegen Uebermaßes und eines Leibrentenkontraktes wegen Verletzung im Pflichttheil, Simon's Zeitschrift Bd. 1 S. 75 ff. F. Hinschius Beitrag zu der Lehre von dem Widerruf der Schenkungen wegen Verkürzung des Pflichttheils, Preußische Anwaltszeitung 1866 S. 600 ff., 619 ff. Gemeinrechtlich Dernburg Pand. Bd. 3 § 156 und dort Angeführte.

2) Zuerst in l. 87 § 3 D. de leg. II.

nicht einmal soviel zurückhielt, als der Pflichttheil der Pflichttheilsberechtigten bei der Schenkung betrug.[3] Eine Schenkung, welche zur Zeit ihrer Vornahme nicht pflichtwidrig war, wurde durch spätere Verminderungen des Vermögens des Schenkers nicht anfechtbar; dagegen wurde eine ursprünglich anfechtbare Schenkung durch spätere Vermögensvermehrungen unanfechtbar, falls der Erblasser nachträglich soviel hinterließ, als der Pflichttheil, wie er ohne die Schenkung gewesen wäre, betrug. Streitig ist, ob die Anfechtbarkeit durch die Absicht des Schenkers bedingt ist, den Pflichttheilsberechtigten durch Schenkungen zu verkürzen; streitig auch, ob die Anfechtungsklage die Schenkung bis zum Belauf der Intestatportion des Anfechtungsklägers oder bloß bis zum Betrag seines Pflichttheils aufhebt.[4] Größere Schwierigkeiten noch, als diese und andere Streitfragen machte der gemeinrechtlichen Praxis die thatsächliche Ermittelung des Vermögensbestandes des Schenkers zur Zeit der Vornahme der angeblich pflichtwidrigen Schenkung, welche möglicherweise viele Jahre zurücklag, da für dieselbe oft jede sichere Grundlage fehlte.

II. Bei Abfassung des Landrechts gedachte man zeitweise, diese Anfechtung ganz fallen zu lassen, weil sie im Widerspruch mit der Regel hereditas viventis non datur stehe und zu unerquicklichen Rechtsstreitigkeiten führe.[5] Später jedoch hat man sie zwar aufgenommen, aber in eigenthümlicher und keineswegs klarer Weise, so daß der Sinn der bezüglichen Bestimmungen sehr bestritten ist.

Es wurde nämlich der Widerruf von Schenkungen wegen Uebermaßes mit der Anfechtung wegen Pflichttheilsverletzung in Verbindung gebracht.

Der Widerruf von Schenkungen wegen Uebermaßes steht, wie früher ausgeführt wurde, dem Schenker frei, wenn sie ihm nicht einmal die Hälfte seines Vermögens zur Zeit der Vornahme übrig ließen, und zwar bis zu dieser Hälfte und binnen 3 Jahren.[6]

Der durch derartige Schenkungen in seinem Pflichttheil Verkürzte erhielt nun aus eigenem Rechte ein entsprechendes Widerrufsrecht.[7]

---

3) nov. 92 cap. 1 pr.

4) Es besteht Antinomie zwischen der älteren l. 87 § 3 D. de leg. II und späteren Gesetzen, insbesondere l. 8 C. h. t. 3, 29 und l. un. C. de inoff. dotibus 3, 30.

5) Die Materialien finden sich sehr eingehend in Simons Zeitschrift Bd. 1 S. 77 ff. dargestellt. Man glaubte zeitweise bei der Redaktion, eine besondere Anfechtung um deswillen entbehren zu können, weil man Schenkungen, welche die Hälfte des Vermögens überschritten, für nichtig erklären wollte, so daß der Pflichttheilserbe schon nach allgemeinen Grundsätzen genügend geschützt schien.

6) L. R. I, 11 § 1091 ff., vgl. oben Bd. 2 § 164.

7) L. R. I, 11 § 1113: „Dagegen können nothwendige Erben, denen nach den Gesetzen ein Pflichttheil gebührt, eine jede von dem Erblasser innerhalb dreier Jahre

Es werfen sich dabei vorzugsweise zwei Fragen auf

a) Unter welchen Voraussetzungen gilt der Pflichttheilsberechtigte als durch Schenkungen gesetzwidrig verkürzt?

Um dies zu beantworten sind der Reinbetrag des Nachlasses und der Betrag sämmtlicher Schenkungen des Verstorbenen aus seinen 3 letzten Lebensjahren zusammenzurechnen.[8] Hiernach ist zu bemessen, wie viel der Pflichttheil ohne jene Schenkungen betragen würde. Ist dem Pflichttheilsberechtigten der so ermittelte Betrag nicht zugewendet, so gilt er als verkürzt.[9]

b) Der Verkürzte hat dann behufs Ergänzung seines Pflichttheils das Widerrufsrecht jener Schenkungen. Dasselbe geht aber nie weiter als zur Ausfüllung des Pflichttheils nöthig ist.[10]

Auch kann es dem Beschenkten nur höchstens die Hälfte der empfangenen Schenkung entziehen.[11]

Mehrere in den 3 letzten Jahren vor dem Tode des Erblassers erfolgte Schenkungen werden zwar behufs der Bestimmung der Verkürzung des Pflichttheils zusammengerechnet,[12] die älteren Schenkungen werden jedoch nur inso-

---

vor seinem Tode gemachte Schenkung widerrufen, wenn der reine Betrag des Nachlasses nicht die Hälfte des Betrages der geschenkten Summe oder Sache ausmacht", sowie § 1114: „Doch darf alsdann von den Geschenknehmern nur soviel, als zu dieser Hälfte fehlt, zurück gegeben werden." — Das Widerrufsrecht des Erblassers wegen nachgeborener Kinder kann eine weitere Grundlage zur Anfechtung abgeben. Vgl. L. R. I, 11 § 1150 und oben Bd. 2 § 164 Anm. 17.

8) So auch R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 979, Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 164.

9) Präj. des O. Trib. 1460.

10) Koch Recht der Forderungen Bd. 3 S. 204 hat angenommen, jene § 1113 ff. seien nur eine Fortsetzung der Lehre vom Widerruf der Schenkungen und bestimmten nur eine Ausnahme von der Regel, daß nur der Schenker selbst und nicht sein Erbe eine Schenkung widerrufen könne, soweit der reine Betrag des Nachlasses nicht die Hälfte des Betrages der Schenkung erreiche. Hiernach würden die Notherben, wenn sie mit anderen Erben, denen kein Pflichttheil gebühre, konkurrirten, die fragliche Summe ganz fordern können. Sie könnten mehr als ihr Pflichttheil, ja selbst als ihr gesetzliches Erbtheil erhalten. Diese Ansicht ist später vielfach angenommen worden. So von Förster Bd. 4 § 248 S. 87 ff. Sie berücksichtigt aber nur L. R. I, 11 §§ 1113 und 1114, und beachtet nicht, daß es sich um Aufhebung einer Pflichttheilsverletzung handelt. Ein derartiges Gesetz wäre zweckwidrig. Es stünde ferner im Widerspruch mit dem gemeinen Recht, welches Suarez, z. B. Schlußrevision in v. Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 24, im Wesentlichen aufrecht erhalten wollte. Auch der Text des Gesetzes steht mit jener Ansicht in Widerspruch. Nicht bloß das Marginal spricht vom Widerruf wegen Verkürzung im Pflichttheil; es ist des Weiteren im §§ 1115, 1116, 1150 von „Verkürzung im Pflichttheil" und „Ergänzung des Pflichttheils" die Rede. Dies hat das Obertribunal Entsch. Bd. 62 S. 84 ff. und Bd. 68 S. 67 klar ausgeführt. Vgl. auch R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 979, Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 164. Gegen das Obertribunal v. Schuckmann bei Gruchot Beiträge Bd. 15 S. 1 ff. und v. Kräwel ebendaselbst Bd. 17 S. 252 ff.

11) § 1114 des Titels, oben Anm. 7 abgedr.

12) L. R. I, 11 § 1115. Die jetzt im gemeinen Recht herrschende Ansicht ist die entgegengesetzte.

weit aufgehoben, als die Ergänzung des Pflichttheils aus den zurückgenommenen späteren Schenkungen nicht erfolgen kann.[13]

c) Der Widerruf wegen pflichtwidriger Schenkung ist eine höchstpersönliche Befugniß des Pflichttheilsberechtigten. Die Klage aus dem Widerruf[14] geht nur gegen den Beschenkten und dessen Erben. Sie setzt Bereicherung des Beklagten zur Zeit der Klaganstellung voraus, natürlich ist aber im Fall arglistiger Vernichtung oder Veräußerung des Geschenkes die Klage gleichfalls statthaft. Ob die kurze Verjährung der Pflichttheilsklage hier Platz greift, kann zweifelhaft sein.[15] Man wird auch in dieser Hinsicht unterstellen dürfen, daß die Anfechtung des Geschäftes unter Lebenden nicht mehr begünstigt sein sollte als die einer letztwilligen Zuwendung.[16]

Eine entsprechende Anfechtung findet statt, falls der Erblasser durch Geben seines Vermögens auf Leibrente seinen bei Abschluß des Leibrentenvertrages vorhandenen Kindern den Pflichttheil verkürzt hat.[17]

Nur einfache, nicht aber belohnende Schenkungen unterliegen diesem Widerrufsrecht.[18]

---

13) L. R. I, 11 § 1116.

14) L. R. I, 11 § 1164 ff.

15) Vgl. Gruchot Bd. 13 S. 848, oben § 207 Ziff. 6.

16) Anderer Ansicht Striethorst Archiv Bd. 93 S. 123, Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 167.

17) L. R. I, 11 § 637 ff. Die Berechnung weicht von der L. R. I, 11 § 1113 — vgl. oben Anm. 7 — entworfenen allerdings ab. Mehr wie die Ergänzung seines Pflichttheils wird aber auch hier der Pflichttheilsberechtigte nie fordern können. Anders jedoch eine ältere Entscheidung des Obertribunals Bd. 30 S. 43, sowie R. G. Bd. 24 S. 266.

18) Vgl. Anhang § 28 zu L. R. I, 11 § 1113.

Sechster Abschnitt.

Der Eintritt des Erbfalls.

Erstes Kapitel.

Richterliche Fürsorge für den Nachlaß und den letzten Willen.[1]

§ 213. Das Nachlaßgericht.

I. Das ältere gemeine Recht bezeichnete in der Theorie vielfach den Richter als den allgemeinen gesetzlichen Testamentsvollstrecker, und legte ihm in der Praxis die Regelung der Nachlaßverhältnisse in die Hand.[2] Im Anschluß hieran wurde bei Abfassung des Landrechts befürwortet,[3] daß die Behandlung aller Erbschaften unter richterlicher Oberaufsicht geschehen, jeder Sterbefall ohne Unterschied dem Richter angezeigt, in allen Fällen, außer wenn Ehegatten oder leibliche Eltern im Hause seien, gerichtlich gesiegelt, die Berechtigung des Erben jedesmal dem Richter vor der Besitznahme der Erbschaft nachgewiesen und die Einräumung der Erbschaft durch eine förmliche gerichtliche Uebergabe bewirkt, endlich jeder Erbe von dem Richter zu einer ausdrücklichen Erbeserklärung und zur Niederlegung eines gerichtlichen Inventars angehalten werden solle. Die preußische Gesetzgebung wies jedoch diese Vorschläge als überflüssige und bedenkliche Bevormundung der Privaten zurück,

---

1) Vgl. Märcker die Nachlaßregulirung.

2) Das römische Recht kennt zwar eine gewisse Vorsorge des Richters für die Verlassenschaft, insbesondere gehört hierher die Testamentspublikation, ferner die Ertheilung der bonorum possessio, Festsetzung von Deliberationsfristen, Ernennung von Nachlaßkuratoren. Die Stellung des Nachlaßrichters im gemeinen Recht aber ist auf eine deutschrechtliche Entwickelung zurückzuführen, die freilich noch nicht in umfassender Weise untersucht ist; einschlagende Bemerkungen von Luschin-Ebengreuth finden sich in Grünhuts Zeitschrift Bd. 4 S. 782. Ein Anknüpfungspunkt an das ältere deutsche Recht lag darin, daß nach demselben der Richter Anspruch auf die erblose Verlassenschaft hatte, daher den Nachlaß an sich nahm, wenn der Erbe nicht bekannt war, und nur demjenigen herausgab, welcher sich als Erbe innerhalb gewisser Zeit legitimirte, vgl. u. A. Heydemann Elemente S. 245 ff., über weitere Entwickelungen Luschin-Ebengreuth a. a. O.

3) Siehe diesen Antrag der Regierung von Stettin und die sich anschließenden Aeußerungen von Suarez bei Bornemann Bd. 6 S. 284.

und erkannte namentlich das Recht des Erben an, ohne obrigkeitliche Ermächtigung sich in den Besitz der Erbschaft zu setzen.[4]

II. Wenn man sich aber auch von jenem Aeußersten fernhielt, so steht dem Nachlaßrichter doch auch nach preußischem Recht eine tiefeingreifende freiwillige Gerichtsbarkeit bezüglich der Nachlaßsachen zu, wobei er bald von Amtswegen thätig sein muß, bald nur auf Antrag einschreitet.

1. Der Nachlaßrichter hat in den geeigneten Fällen die Siegelung des Nachlasses zu veranlassen, er hat die Testamentseröffnung vorzunehmen, oder doch, wenn sie am Verwahrungsorte geschieht, das in Folge derselben Nöthige in das Werk zu setzen. In mehreren Fällen ist ihm aufgelegt, von Amtswegen für die Verwirklichung des Testamentes durch geeignete Ansuchen beim Grundbuchamt Sorge zu tragen, bei ihm ist die Erklärung der Entsagung auf die Erbschaft einzubringen, er kann die Frist zur Einbringung des Inventars verlängern oder verkürzen, unter Umständen hat er die Aufnahme des gerichtlichen Inventars vorzunehmen. Ihm liegt die Ertheilung der Erbbescheinigungen ob, die man einer missio in bona verglichen hat, er hat die Bestellung von Nachlaßpflegern zu veranlassen, auf Antrag der Vorbehaltserben ein Aufgebot der Gläubiger zu erlassen, endlich die Erbtheilung zwischen den Miterben, wenn sie gerichtlich geschehen soll, zu leiten und — soweit gütlich möglich — zu schlichten.[5] Auch hat das Nachlaßgericht den Betheiligten bei Erledigung der Erbverhältnisse, wo immer nöthig, mit Rath und Belehrung zur Seite zu stehen.[6] Für die Ordnung der

---

4) In Oesterreich war es dem Erben nicht gestattet, sich durch eigene Thätigkeit in den Besitz der Erbschaft zu setzen, vielmehr nahm das Nachlaßgericht den Nachlaß des Verstorbenen an sich und besorgte die Auseinandersetzung von Amtswegen, der Nachlaß sollte dem wahren Erben eingeantwortet werden, auch sollte dem Erben nur der nach Befriedigung der Gläubiger, Bezahlung der Verlassenschaftsgebühren, Entrichtung des Pflichttheils und Befriedigung der Legatare erübrigende Rest zugewendet werden. Dies Alles war aber schon im östr. bürgerlichen Gesetzbuch sehr gemildert, vgl. § 811 ff.; namentlich findet sich nach demselben eine Vorkehrung für die Gläubiger von Amtswegen nicht mehr. Weitere Modifikationen traf das Patent vom 9. August 1854 über das gerichtliche Verfahren außer Streitsachen § 20 ff. Hauptaufgabe der Nachlaßabhandlung ist geblieben Feststellung des Todesfalles, Feststellung des Erben, Einholung der Erbeserklärung, Sorge für die Berichtigung der Erbschaftssteuer und Erfüllung der letztwilligen Verfügungen. Dem Gerichte bekannte Erben erhalten während des Verfahrens regelmäßig die Gewahrsam der Erbmasse. Die Einantwortung, mit der das Verfahren schließt, bildet eine Anerkennung der Universalsuccession des Erben. Unger hat in seiner Schrift die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich, ein Votum für deren Aufhebung 1862, das Institut als in seiner abnormen Mißgestalt durch und durch unhaltbar bekämpft und eine Reform desselben gefordert, wenn man nicht den Muth habe, sofort zu dessen definitiver Beseitigung zu schreiten. Allein dieser nachdrückliche Angriff von gewichtiger Seite blieb ohne Erfolg, vgl. Chorinsky das Notariat und die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich 1877.

5) Vgl. L. R. I, 9 § 350 ff., A. G. O. I, 46 § 1 ff. und A. G. O. II, 5 § 1 ff., sowie die Ausführungen im Verlauf der folgenden Paragraphen.

Verhältnisse zwischen den Erben und den Gläubigern des Nachlasses und den Legataren liegt ihm eine besondere Thätigkeit nicht ob.[7]

2. Nachlaßgericht ist das Amtsgericht[8] des letzten Wohnsitzes des Erblassers.[9] Bei doppeltem Wohnsitz gilt das Domicilgericht, in dessen Bezirk der Erblasser starb, vorzugsweise berufen.[10] Sind Personen ohne Wohnsitz im Inlande verstorben, so kann das Gericht des Sterbeortes Vorkehrungen treffen.[11] Auch für Nacherben, welche auf den Fall des Todes der Vorerben fideikommissarisch substituirt sind, bestimmt sich das Nachlaßgericht nach dem Wohnsitz des Erblassers, nicht nach dem der Vorerben.

3. Das Nachlaßgericht als solches hat nur freiwillige Gerichtsbarkeit. Erheben sich Rechtsstreitigkeiten zwischen den Betheiligten, so haben diese die Entscheidung des Prozeßrichters einzuholen.[12] Für Klagen, welche die Erbschaft oder die auf sie bezüglichen Ansprüche betreffen, hat das Prozeßgericht des letzten Wohnsitzes des Erblassers Zuständigkeit. Dieselbe ist

---

6) A. G. O. II, 5 § 2 weist die Richter namentlich an, wo dies erforderlich scheint, die Betheiligten auf die Folgen des Antritts der Erbschaft, die Nothwendigkeit der Errichtung des Inventars hinzuweisen.

7) Nach der A. G. O. I, 51 § 73 war der Beneficialerbe nach Eröffnung des Liquidationsverfahrens befugt, sich der Regulirung der Nachlaßschulden dadurch zu entschlagen, daß er die Verwaltung der Masse einem durch die Gläubiger zu bestellenden Kurator überließ, welcher unter gerichtlicher Aufsicht handelte und dem Erben nur den nach Abzug sämmtlicher Schulden und Kosten verbleibenden Ueberrest als seinen Erbtheil ausantwortete. Dies wurde durch die Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 342 ff. beseitigt.

8) Preußisches Ausführungsgesetz zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 § 26 Abs. 2 unter 1. Gegen Entscheidungen des Nachlaßgerichts, z. B. gegen die Verweigerung einer Erbbescheinigung, steht Beschwerde beim Landgericht und weitere Beschwerde beim Kammergericht offen. Angef. Gesetz §§ 40. 51.

9) Vgl. R. C. P. O. § 13 ff., Eccius Bd. 4 § 261 Anm. 7. Bezüglich des Wohnsitzes vgl. oben Bd. 1 § 27 Anm. 2, siehe auch Kam. Ger. Bd. 1 S. 24. Ueber den gesetzlichen Wohnsitz von Beamten im Auslande siehe oben Bd. 1 § 29 Anm. 7.

10) Vgl. L. R. II, 18 § 58, Striethorst Archiv Bd. 66 S. 52. Vgl. ferner A. G. O. II 5 § 15, über die Thätigkeit der Dorfgerichte A. G. O. II 5 § 19.

11) Nachlaßgericht im gesetzlichen Sinne ist das Gericht des Sterbeortes eines Vagabunden nicht. Hinterläßt ein Ausländer Vermögen in Preußen, so sind seine Erben befugt, die Regelung des im Inlande befindlichen Nachlasses vor dem Richter des Ortes, wo das Vermögen seinen Sitz hat, zu fordern.

12) Nach der älteren Gerichtsverfassung hatte der Nachlaßrichter als solcher nicht bloß die freiwillige Gerichtsbarkeit, sondern auch die Entscheidung der vorkommenden streitigen Rechtsfragen, die er in einem status controversiae zusammenfaßte und durch Erkenntniß entschied. In Folge der Verordnung vom 2. Januar 1849 § 20 wurde die gesammte streitige Gerichtsbarkeit einer besonderen Abtheilung der Gerichte, der ersten Abtheilung der Kreisgerichte, überwiesen, während die freiwillige Gerichtsbarkeit auch in Nachlaßsachen an die zweite Abtheilung überging. Die Ausscheidung fiel der Praxis anheim, welche denn freilich schwankte, vgl. Striethorst Archiv Bd. 72 S. 371 ff., dagegen Kühr bei Gruchot Beitr. Bd. 5 S. 269. Es bedarf derzeit der Erhebung einer Klage beim Prozeßgericht durch den Interessenten bezüglich aller Fragen, welche beim Nachlaßgericht nicht zur gütlichen Erledigung zu bringen waren. Hierbei sind nur die vor dem Prozeßrichter gemachten mündlichen Darstellungen maßgebend.

aber nicht ausschließlich,[13] die Klagen sind nach den allgemeinen prozessualischen Bestimmungen entweder beim Amtsgericht oder beim Landgericht anzubringen.

§ 214. Siegelung.[1]

1. Die gerichtliche Siegelung des Nachlasses war dem römischen Recht unbekannt,[2] sie stammt aus deutschem Gerichtsgebrauch. In ihr liegt das äußere Kennzeichen und Mittel einer richterlichen Beschlagnahme des Nachlasses im Interesse des noch unbekannten oder hülflosen Erben, unter Umständen auch im Interesse der Gläubigerschaft.

2. Die Siegelung kann von Amtswegen oder auf Antrag erfolgen.

a) Von Amtswegen soll sie geschehen, wenn die vermuthlichen nächsten Erben unbekannt, ungewiß oder sämmtlich ortsabwesend[3] oder Nichtdeutsche sind.[4] Sind unter den Erben zu bevormundende oder bevormundete Personen, so hat das für dieselben zuständige Vormundschaftsgericht und jedes andere Vormundschaftsgericht, in dessen Bezirk sich Mündelvermögen befindet, die Pflicht zur Sicherstellung, welche durch Siegelung geschehen kann, vorausgesetzt, daß noch kein Vormund ernannt ist oder daß der ernannte abwesend ist, und daß nicht Vater, Mutter oder großjährige Miteigenthümer des Mündels am Orte sind.[5] Auch von den gedachten Specialfällen[6] abgesehen, hat das Gericht stets von Amtswegen die Siegelung anzuordnen, wenn sie durch die besonderen Umstände geboten scheint.[7]

---

13) Vgl. R. C. P. O. § 28. Das Nähere unten bei den einzelnen Klagen.

1) L. R. I, 9 §§ 387, 460 ff., I, 12 §§ 247, 251. A. G. O. II, 5 von dem Verfahren bei Siegelungen und Inventuren in Sterbefällen. Genaue, zum Theil wörtlich in die Gerichtsordnung übernommene Bestimmungen gab bereits das Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 Abth. I, §§ 5, 18 ff. n. c. c. vol. III p. 690 ff.

2) Nach älterem römischen Rechte konnte sich bekanntlich Jeder, bis sich der Erbe in den Besitz des Nachlasses gesetzt hatte, Nachlaßsachen aneignen, ohne ein furtum zu begehen, und diese Sachen durch usucapio pro herede binnen eines Jahres in sein Eigenthum bringen. Ist nun auch seit der Kaiserzeit das Ansichnehmen von Erbschaftssachen strafbar geworden — crimen expilatae hereditatis — so hatte der Staat doch keinerlei Vorkehrungen getroffen, um den Nachlaß zu schützen. Es war dies wohl wegen des Vorhandenseins von Sklaven im Hause weniger Bedürfniß, da der Erbe sie verantwortlich gemacht haben wird.

3) L. R. I, 9 §§ 460, 461 und A. G. O. II, 5 § 4. Die A. G. O. betont die Abwesenheit vom Sterbeort, es wird aber die Abwesenheit vom Orte, wo sich die Nachlaßgegenstände befinden, vorzugsweise in Frage kommen. So auch Eccius Bd. 4 § 267 Anm. 5.

4) Die A. G. O. II, 5 § 4 Ziff. 2 spricht von „nicht Königlichen Unterthanen.“ Heutzutage handelt es sich um Nichtangehörige des deutschen Reiches. Eccius Bd. 4 § 267 Anm. 5 betrachtet die Bestimmung als Ausfluß des Abschoßrechtes, erachtet sie daher seit Abschaffung des Abschosses durch Verordnung vom 21. Juni 1816 als beseitigt. Dies ist unrichtig. Auch das Interesse der inländischen Gläubiger kommt in Betracht.

5) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 15, Dernburg Vormundschaftsrecht § 19.

6) L. R. I, 9 § 461, A. G. O. II, 5 § 4 Ziff. 3 sind durch V. O. § 15 eingeschränkt.

7) A. G. O. II, 5 § 5.

Das Gericht kann den Todesfall durch öffentliche Kunde erfahren haben, oder durch besondere Anzeige. Letztere ist bei eigener Verantwortlichkeit für den Schaden den im Sterbehause anwesenden Verwandten, den Hausgenossen und dem Hauswirth zur Pflicht gemacht.[8] Auch die behufs Einleitung einer Vormundschaft Verwandten und Behörden, insbesondere den Standesbeamten aufgelegte Anzeigepflicht kann die Kenntniß des Todesfalles bei dem Nachlaßrichter herbeiführen.[9] War der Verstorbene ein öffentlicher Beamter, so kann das Kollegium, bei oder unter welchem er stand, im Staatsinteresse die Siegelung seiner Briefschaften und Gelder vornehmen, dieselbe erstreckt sich aber nicht auf andere Gegenstände.[10]

b) Auf Antrag eines Interessenten, sei er Erbe oder Fremder, hat Siegelung oder sonstige Sicherung[10a] stets stattzufinden, wenn er sein Interesse anzeigt und dies nicht offenbar unbegründet ist, vorausgesetzt, daß das Gesuch unmittelbar nach dem Tode des Erblassers gestellt wird oder wenigstens zu einer Zeit, wo noch Niemand den Besitz des Nachlasses ergriffen hat. Später hat der Nachlaßrichter auf den Antrag nicht einzugehen und dem Antragsteller zu überlassen, beim Prozeßrichter eine einstweilige Verfügung zu erwirken, wenn deren Voraussetzungen gegeben sind.[11] Sie kann ebenfalls in Anordnung einer Siegelung bestehen.

3. Ueber die Ausschließung der Siegelung in Folge des Verbotes des Erblassers wurde früher gehandelt.[12]

4. Gewöhnlich hat der Nachlaßrichter die Siegelung anzuordnen. Befinden sich aber Grundstücke des Erblassers außerhalb seines letzten Wohnsitzes, so ist die Siegelung des dortigen Mobiliars vom Richter der belegenen Sache auch von Amtswegen vorzunehmen. Von diesem Fall abgesehen, sind zwar außerhalb seines Wohnsitzes befindliche Mobilien des Verstorbenen in der Regel nur auf Ersuchen des Nachlaßrichters zu versiegeln,[13] in Nothfällen hat jedoch der Richter des Ortes, wo sie sich befinden, ihretwegen aus eigenem Entschluß mit schützenden Maßnahmen vorzugehen. Für Mündel schreitet, wie oben bemerkt wurde, das Vormundschaftsgericht ein.[14] Die Siegelung wird ausgeführt durch eine vereidete Gerichtsperson,[15] insbesondere durch den

8) A. G. O. II, 5 § 23.
9) Vormundschaftsordnung § 16.
10) A. G. O. II, 5 §§ 6 und 31.
10a) Vgl. Kam. Ger. Bd. 4 S. 63.
11) Vgl. A. G. O. II, 5 § 8 ff.
12) Vgl. oben § 163 Ziff. 2.
13) Vgl. A. G. O. II, 5 § 14 ff.
14) Oben Anm. 5.
15) Näheres A. G. O. II, 5 § 24 ff. Hesse V. O. S. 29.

Gerichtsschreiber oder einen Gerichtsvollzieher, oder durch Notare,[16] in Nothfällen durch Dorfgerichte und Magistrate.[17] Sie geschieht in der Regel durch Auflegung von Papierstreifen über die Behältnisse, in welchen Nachlaßsachen zu vermuthen sind, der Art, daß die Eröffnung ohne Entfernung der Siegel nicht thunlich ist;[18] für Sachen, welche außer der Sperre bleiben, weil sie zum unmittelbaren Gebrauch unentbehrlich sind, müssen anderweite Vorkehrungen getroffen werden; rasch verderbliche Gegenstände sind zu veräußern, Geld und Geldpapiere öffentlich zu hinterlegen. Ueber die Siegelung ist ein Protokoll aufzunehmen.

5. Die Entsiegelung findet statt, wenn die Gründe der Sperre beseitigt sind.[19] Sie erfolgt in Folge von Anträgen des Betheiligten auf Verfügung des Nachlaßgerichts. Auch über die Entsiegelung ist ein Protokoll aufzunehmen.

§ 215. Eröffnung des letzten Willens.[1]

I. Obgleich in Rom die Testamente der Regel nach außergerichtlich errichtet wurden, so war doch deren Publikation durch das Gericht nach dem Tode des Erblassers Vorschrift. Zu diesem Behuf gebot man deren Aushändigung an die Behörde nach dem Tode des Erblassers bei schwerer Strafe.[2] Im gemeinen Recht Deutschlands wurde, da diese Strafen nicht in Geltung waren, die gerichtliche Publikation von Privattestamenten nur in dem Falle gebräuchlich, wenn der Erblasser für dieselbe Vorsorge getroffen hatte oder die Interessenten das Testament dem Gericht freiwillig zur Publikation überlieferten. Gerichtlich errichtete und hinterlegte Testamente dagegen wurden stets gerichtlich publicirt.[3]

II. Das preußische Recht forbert die gerichtliche Eröffnung aller letztwilligen Verfügungen.[4] Erst nach der Eröffnung können sie zur Geltung gebracht werden, z. B. beim Grundbuch oder im Wege der Klage.

---

16) Den Gerichtsschreibern legt diese Zuständigkeit bei das preußische Ausführungsgesetz zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 § 70 Abs. 1, den Gerichtsvollziehern § 74 Ziff. 3 desselben Gesetzes, den Notaren § 108 des Gesetzes. Ueber Gerichtsschreibergehülfen siehe Gesetz betreffend die Dienstverhältnisse der Gerichtsschreiber vom 3. März 1879 § 5.

17) A. G. O. II, 5 § 19. Reskript vom 22. Juni 1834. Revidirte Instruktion für die Dorfgerichte vom 11. Mai 1854.

18) A. G. O. II, 5 § 25 ff. giebt die nähere Anweisung.

19) Vgl. A. G. O. II, 5 § 36 ff.; § 39 giebt Anweisungen bezüglich der Ausführung des Aktes.

1) L. R. I, 12 §§ 208—241. A. G. O. II, 4 § 10 ff., vgl. Projekt des Corp. juris Fridericiani part. II, lib. 7 tit. 14.

2) Tit. testamenta quemadmodum aper. Dig. 29, 3, Cod. 6, 32. — Paul. sententiae IV, 6.

3) Vgl. Mühlenbruch bei Glück Bd. 43 S. 375.

4) Vgl. L. R. I, 12 § 240, 241.

Auch läuft erst von der Eröffnung an dem Erben die Ueberlegungsfrist. Da die Testamente in der Regel gerichtlich verwahrt werden, so ist das Gericht meist ohne Weiteres zur Eröffnung im Stande; nicht gerichtlich verwahrte außergerichtliche Verordnungen gelangen zur gerichtlichen Eröffnung, wenn sie sich bei der Versiegelung des Nachlasses vorfinden oder wenn die Interessenten bezügliche Anträge stellen.[5]

Die Eröffnung darf erst nach dem Tode oder nach der Todeserklärung des Erblassers stattfinden.[6] Sind diese Thatsachen nicht gerichtskundig, so liegt ihr Nachweis dem Antragsteller ob.[7] Die Urkunde über die Eröffnung enthält daher zugleich eine gerichtliche Bescheinigung des Todes des Erblassers. Wechselseitige Testamente sind nach dem Tode des zuerstversterbenden Ehegatten zu eröffnen, sofern die Testatoren nichts Anderes verfügt haben.[8]

a) Die Eröffnung erfolgt auf Antrag oder von Amtswegen. Zum Antrag befugt sind Verwandte des Erblassers, dessen Ehegatte, ferner Personen, welche ein wahrscheinliches Interesse haben, insbesondere wer den Schein über die gerichtliche Niederlegung in Händen hat. Von Amtswegen soll der Richter vorgehen, wenn mindestens 6 Wochen seit dem Ableben des Erblassers verflossen sind, ohne daß ein bezüglicher Antrag gestellt ist.[9]

b) Die Eröffnung ist nicht um deswillen zu unterlassen, weil die letztwillige Verfügung an Formmängeln leidet.[10] Sind mehrere letztwillige Verordnungen, welche nebeneinander bestehen können, vorhanden, so sind sie alle zu eröffnen. Hat das spätere Testament aber das ältere — ausdrücklich — aufgehoben, so hat das letztere uneröffnet zu bleiben, so lange das spätere noch als nichtig angefochten werden kann.[11][12]

---

5) Ueber das Verfahren vgl. A. G. O. II, 4 § 13.

6) L. R. I, 12 § 208, l. 2 § 4 D. h. t. 29, 3. Für den Fall, daß die Eröffnung aus Versehen während des Lebzeitens des Erblassers erfolgte, treffen L. R. I, 12 § 209 ff. besondere Bestimmungen. Selbstverständlich verliert die letztwillige Verordnung hierdurch nicht ihre Gültigkeit, auch wenn sie fortan nicht mehr in besonderer Verwahrung liegt, sondern bei den Gerichtsakten bleibt, oben § 111 letzter Absatz. Das Gericht hat die Eröffnung dem Erblasser mitzutheilen. Wurde der Testator durch die verfrühte Veröffentlichung zu einer neuen Verfügung bestimmt, so kann er gegenüber dem Richter, den wenigstens mäßiges Versehen traf, wegen der hierdurch veranlaßten Kosten seinen Rückgriff nehmen, eine Bestimmung, die nicht leicht praktisch werden dürfte.

7) L. R. I, 12 § 212.

8) Vgl. Anhang § 430 zur A. G. O. Th. II, Tit. 4 § 10. Es wird hier anderweite Versiegelung und Verwahrung des eröffneten Testamentes auf Antrag des überlebenden Ehegatten nach Eröffnung und vorschriftsmäßiger Bekanntmachung verstattet. Vgl. noch Kam. Ger. Bd. 10 S. 57. Eine Urkunde, die nach Angabe des Testators nur Pupillarsubstitutionen enthielte — oben § 161 — wäre erst nach dem Tode des Pupillen zu eröffnen.

9) L. R. I, 12 § 213 ff.

10) Vgl. auch Johow App. Ger. Bd. 5 S. 35.

11) Anhang § 39 zu L. R. I, 12 § 217, entnommen aus dem Justizministerialreskript vom 6. Oktober 1802.

Zu der Testamentseröffnung sind die am Orte befindlichen gesetzlichen Erben monitorisch d. h. ohne besondere Androhung eines Rechtsnachtheils für den Fall des Nichterscheinens vorzuladen; unbekannten oder ortsabwesenden gesetzlichen Erben ist von Amtswegen ein Bevollmächtigter zu bestellen. Derselbe kann ein Gerichtsbeamter sein.[13] Siegel des Testamentes und Unterschrift des Testators sind den erschienenen Interessenten oder deren Vertretern zur Erklärung über die Unverletztheit und Aechtheit vorzuweisen,[14] doch hindert deren Nichtanerkennung die Eröffnung nicht. Die eröffnete Urkunde ist zu verlesen.

3. Die Urschrift der letztwilligen Verfügung bleibt mit dem Protokoll über die Eröffnung in Verwahrung des Gerichtes.[15] Die Einsicht ist den im Testament Bedachten, den gesetzlichen Erben und im Fall eines Prozesses über das Testament dem Prozeßgericht zu verstatten.[16]

4. Der Richter hat den im Testament Bedachten, welche bei der Eröffnung nicht gegenwärtig waren, Mittheilung von dem auf sie bezüglichen Inhalt des Testamentes zu machen. Für die Erben pflegt dies durch eine Ausfertigung des Testamentes, für die Legatare durch Zustellung eines Auszuges zu geschehen.[17] Es kann zudem Jeder, der nach dem Ermessen des Gerichtes ein Interesse dabei hat, eine beglaubigte Abschrift fordern.[18] Der Erbschaftssteuerbehörde ist von Amtswegen eine solche Abschrift zuzusenden.[19]

5. Die Eröffnung hat bei gerichtlich hinterlegten letztwilligen Anordnungen durch den Richter des Verwahrungsortes, bei außergerichtlichen durch den Nachlaßrichter zu erfolgen. Der Richter des Verwahrungsortes hat dem Nachlaßrichter das Testament nach der Eröffnung zuzusenden, diesem liegt ob, die erforderlichen Mittheilungen an die Interessenten vorzunehmen und die Ausfertigungen zu ertheilen.

---

12) Sind mehrere Exemplare desselben Testaments verwahrt, so sind sie sämmtlich zu eröffnen. Ist jedoch auch nur eines eröffnet, so ist die Eröffnung in dem Sinne bewirkt, daß von da ab die Ueberlegungsfrist läuft, vgl. l. 10 pr. D. h. t. 29, 3.

13) L. R. I, 12 § 223 ff. Gemeinrechtlich wird vielfach ein öffentliches Aufgebot der unbekannten Interessenten als nöthig angesehen, Glück Bd. 43 S. 378.

14) L. R. I, 12 § 225. Nach römischem Brauch wurden die Zeugen des Privattestamentes zur Anerkennung der Siegel vorgeladen, l. 4 D. h. t. 29, 3.

15) Vgl. L. R. I, 12 § 226. So auch Projekt des corp. jur. Frid. p. II, lib. VII, tit. 14 § 11.

16) L. R. I, 12 § 228 ff. l. 2 pr. D. h. t. 29, 3: tabularum testamenti instrumentum non est unius hominis hoc est heredis, sed universorum quibus quid illic adscriptum est, quin potius publicum est instrumentum.

17) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. Bd. 43 S. 379. Bedachten, deren Aufenthalt unbekannt ist, geschieht die Mittheilung durch einmalige Kundgabe in den Zeitungen der Provinz, L. R. I, 12 § 231. Die Kosten der Benachrichtigung der Legatare trägt der Nachlaß, L. R. I, 12 § 230.

18) L. R. I, 12 § 227. Sie geschieht auf Kosten dessen, der die Abschrift fordert.

19) Gesetz vom 30. Mai 1873 § 29.

6. Eine besondere Behandlung erfahren letztwillige Verfügungen, seit deren Niederlegung 56 Jahre verflossen sind, falls von dem Leben oder Tod des Erblassers, der also mindestens das siebzigste Jahr erreicht haben müßte, keine Kunde besteht.[20] Der Richter hat das Vorhandensein einer letztwilligen Verfügung unter solchen Umständen öffentlich bekannt zu machen und die Interessenten aufzufordern, die Eröffnung zu beantragen. Bleibt die hierbei zu setzende Frist von 6 Monaten unbenutzt, so hat er die Verfügung von Amtswegen für sich zu eröffnen und zu erkunden, ob sie Zuwendungen für milde Stiftungen enthält. Ist dies der Fall, so hat er der Stiftung Mittheilung zu machen, damit sie über Leben und Tod des Testators Nachforschungen anstellen und nach Befund die förmliche Eröffnung des Testamentes beantragen kann.[21]

7. Von dem Testator dem Gericht erklärte Verfügungen über die Art und Weise der Eröffnung seines letzten Willens sind von diesem thunlichst zu beachten. Insbesondere kann der Erblasser darüber Bestimmung treffen, wer bei der Eröffnung des Testamentes gegenwärtig sein soll. Es steht ihm auch frei, anzuordnen, daß eine letztwillige Verfügung erst nach einer gewissen Zeit oder unter gewissen Umständen zu eröffnen sei. Dieselbe hat inzwischen keine Wirksamkeit. Es kann daher, wenn es sich um eine angebliche fideikommissarische Substitution handelt, der fideikommissarisch Bedachte in der Zwischenzeit keine Sicherstellung oder Eintragung seines Rechtes im Grundbuche fordern, der angeblich Bedachte kann nicht verlangen, daß der Prozeßrichter behufs Willfahrung seiner Anträge Einsicht der Verfügung nehme.[22]

8. Erbverträge sind in der Regel wie Testamente zu eröffnen.[23] Eine Eröffnung findet aber nicht statt, wenn sich die Betheiligten bei der Errichtung unter Verzicht auf Einsiegelung und Geheimhaltung eine Ausfertigung ertheilen ließen.[24]

§ 216. Der Nachlaßpfleger.[1]

I. Das klassische römische Recht[2] kannte die Ernennung von Nachlaßkuratoren nur, falls dem Antritt der Erbschaft Hindernisse entgegenstanden

20) L. R. I, 12 § 218 ff.

21) Weiter ist noch nach der Kab. O. vom 22. Mai 1842 auf Antrag der Stiftung eine Eröffnung durch den Richter bloß zum Zweck der Ertheilung einer beglaubigten Abschrift an die Stiftung gestattet.

22) Striethorst Archiv Bd. 92 S. 268, oben § 158 Buchst. a z. A.

23) L. R. I, 12 § 623, Anhang § 43.

24) A. G. O. II, 4 § 15, Anhang § 431, oben § 176 Anm. 12.

1) L. R. I, 9 § 471 ff. V. O. § 89, von älteren Quellen vgl. das Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 § 15. Dernburg Vormundschaftsrecht § 101, Gruchot Erbr. Bd. 1 S. 211 ff., Haßenstein bei Gruchot Beitr. Bd. 19 S. 477 ff.

2) l. 1 § 4 a. E. D. de muner. 50, 4, l. 1 § 2 D. de cur. 42, 7, l. 8 D. quibus ex causis 42, 4, l. 22 § 1 D. de rebus a. jud. 42, 5, l. 23 §§ 2, 3 D. de hered. inst. 28, 5.

und eine Konkurseröffnung über den Nachlaß nicht angezeigt schien. Die Bestellung geschah nur zur Tilgung dringender Schulden und zur Erhaltung des Nachlasses.[3] Im gemeinen Rechte machten sich Bestrebungen geltend, die auf eine Erweiterung der Befugnisse des Nachlaßkurators gingen; so sehr dieselben aber den Bedürfnissen des modernen Rechtes entsprachen, so konnten sie doch, gegenüber den Vorschriften des geschriebenen römischen Rechtes vielfach nicht durchdringen.[4] Diese Vorschriften haben auch auf die Fassung des Landrechtes Einfluß geübt.

II. Nach preußischem Recht ist eine Nachlaßpflegschaft einzusetzen, wenn der Erbe unbekannt oder ungewiß,[5] insbesondere, wenn der vermuthliche nächste Erbe noch im Mutterleib ist. Ist der Erbe bekannt, aber sein Aufenthalt unbekannt, so ist kein Nachlaßpfleger, sondern ein Vormund des Abwesenden zu bestellen.[6] Auch für einen Erbschaftstheil, dessen Erbe unbekannt ist, kann ein Pfleger nöthig werden, z. B. wenn der überlebende Ehegatte nur Anspruch auf eine statutarische Portion hat, die nächsten Verwandten aber unbekannt sind. Die Ernennung des Nachlaßpflegers geschieht durch den Vormundschaftsrichter[7] des letzten Wohnsitzes des Erblassers; wenn derselbe Ausländer war, vom Gericht des Ortes, wo sich Masse findet.[8] Die Einsetzung kann auf Antrag der Betheiligten oder von Amtswegen geschehen. In der Regel ist mit der Bestellung drei Monate nach dem Tode des Erblassers zu warten, da sich inzwischen die Ungewißheit über den Erben aufhellen kann; sie erfolgt auch vorher, wenn dies die Umstände des Nachlasses erfordern.[9] Vorhandensein einer Erbschaftsmasse ist selbstverständliche Voraussetzung. Wenn der Konkurs über den Nachlaß eröffnet ist, wird es in der Regel eines Nachlaßpflegers nicht bedürfen. Wer sich als Verwandter des Erblassers legitimirt, aber zum Besitz der Erbschaft nicht gelangen kann, weil die Vermuthung

---

3) Arg. l. 48 D. de adm. tut. 26, 7.

4) Vgl. Dernburg Vormundschaftsrecht a. a. O.

5) L. R. I, 9 § 471, V. O. § 89 Abs. 1. Genügt die mangelnde Legitimation der sonst bekannten Erben? Vgl. Kam. Ger. Bd. 8 S. 54.

6) V. O. § 82. Eine eigenthümliche Kuratel schuf L. R. I, 12 § 359. Vgl. oben Anm. 9.

7) Dies entspricht den allgemeinen Grundsätzen der Vormundschaftsordnung. Dagegen geht die R. C. P. O. § 694 in einem Specialfall davon aus, daß das Nachlaßgericht den Kurator bestelle, indem hier verordnet wird: „Ist der Schuldner vor Beginn der Zwangsvollstreckung gestorben, so hat bei ruhender Erbschaft oder wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist, das nach den Landesgesetzen zuständige „Nachlaßgericht" auf Antrag des Gläubigers dem Nachlasse oder dem Erben einen Kurator zu bestellen." Hat die Zwangsvollstreckung zur Zeit des Todes des Schuldners bereits gegen diesen begonnen, so hat in gleichem Falle das „Vollstreckungsgericht" einen einstweiligen besonderen Vertreter zu bestellen.

8) Vgl. Johow App. Ger. Bd. 2 S. 94.

9) L. R. I, 9 § 471. In den oben Anm. 7 angeführten Fällen der Zwangsvollstreckung gegen den Erben muß die Ernennung auf Antrag auch früher geschehen.

näherer oder doch gleich naher Verwandter besteht, ist bei der Ernennung des Nachlaßpflegers besonders in Betracht zu ziehen.[10]

3. Sehr bestritten ist, wen der Nachlaßpfleger repräsentirt, ob den unbekannten Erben oder den Erblasser oder den Nachlaß. Das Landrecht verordnet ausdrücklich, dem Nachlaß sei ein Kurator zu bestellen, womit es das Zweckmäßige und Richtige traf. Die Vormundschaftsordnung hat hieran nichts geändert. Daher vertritt der Nachlaßpfleger den Erben nicht persönlich[11] sondern nur sachlich auf den Betrag des Nachlasses.[12]

4. Dem Nachlaßpfleger liegen folgende Verbindlichkeiten ob:

a) Es ist ihm zur Pflicht gemacht, durch thatsächliche Antretung der Erbschaft und Aufnahme eines Inventars die Rechte des unbekannten Erben zu beobachten;[13] das Recht der Entsagung der Erbschaft steht ihm nicht zu, da hierin eine Ablehnung der aufgetragenen Funktion läge, und da auch der insolvente Nachlaß einen Vertreter haben muß, sofern es nicht zum Konkurs kommt.[14]

Der Nachlaßpfleger ist weiter berechtigt, wie der Beneficialerbe, das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer — den s. g erbschaftlichen Liquidationsprozeß — zu betreiben[15] und den Konkurs über den Nachlaß im Fall der Ueberschuldung desselben zu beantragen.[16]

b) Eine zweite Aufgabe für den Nachlaßpfleger ist, für die Ausmittelung und Entdeckung des Erben nach Kräften bemüht zu sein.[17] Sind seine Nachforschungen erfolglos, so hat er das öffentliche Aufgebot des unbekannten Erben zu veranlassen, immer vorausgesetzt, daß die Masse die

10) So wenigstens L. R. I, 9 § 490. Es kann zweifelhaft erscheinen, ob dieser Satz durch die Nichterwähnung in der Vormundschaftsordnung formell beseitigt ist. Jedenfalls wird ihn der Richter als der Natur der Sache entsprechend beachten müssen.

11) L. R. I, 9 § 471.

12) Anders Eccius Bd. 4 § 236 Anm. 16 aber nicht zutreffend. Er meint, da es nach preußischem Rechte keine hereditas jacens gebe, so sei für das preußische Recht der Gedanke einer erst nach dem Tode des Erblassers begründeten Nachlaßschuld ein juristisch undenkbarer. Wie ist es denn, wenn der Erbe unter Vorbehalt des Inventars antrat und Konkurs über den Nachlaß eröffnet wird mit den Masseschulden? Vgl. oben § 97 Ziff. III, Behrend bei Gruchot Bd. 28 S. 467.

13) L. R. I, 9 § 472. Die V. O. § 89 berührt diese Befugniß nicht.

14) Das Obertribunal scheint entgegengesetzter Ansicht. Es läßt dem Nachlaßpfleger die gesetzliche Ueberlegungsfrist laufen, welche vom Tage, an dem er verpflichtet ist und Kenntniß vom Inhalt des Testamentes erhält, datiren soll, Striethorst Archiv Bd. 90 S. 231. Unserer Ansicht nach ist dies unrichtig, schon um deswillen, weil der Nachlaßpfleger nicht die Person des unbekannten Erben vertritt. Es kann hiernach V. O. vom 5. Juli 1875 § 42 n. 14 nicht Platz greifen.

15) Gesetz vom 28. März 1879, betreffend die Zwangsvollstreckung gegen Beneficialerben § 1 Abs. 1.

16) Reichskonkursordnung § 205. R. G. Bd. 25 S. 36.

17) L. R. I, 9 § 476. Gemeinrechtliche Schriftsteller legten vielfach dem Nachlaßgericht diese Aufgabe auf, vgl. die bei Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 215 Angeführten.

nöthigen Mittel bietet. In der Regel soll dies Aufgebot nach 3 Monaten von der Bestellung des Nachlaßpflegers an geschehen, doch hat der Nachlaßrichter die Frist zu verlängern, wenn Hoffnung besteht, den Erben auf andere Weise auszumitteln.[18]

Meldet sich ein angeblicher Erbe, so kann ihn der Nachlaßrichter je nach Befund als Erben gelten lassen,[19] oder auch ihn anweisen, seine Legitimation im Prozeßwege gegen den schon bestellten oder zu bestellenden Nachlaßpfleger zur Verhandlung zu bringen.[20] Ein derartiger Prozeß hat nur die Entscheidung der Frage zum Ziel, ob dem Kläger der Nachlaß ausgehändigt werden soll; sein Ausgang entscheidet daher nicht endgültig über das Erbrecht der Betheiligten.[21]

c) Der Nachlaßpfleger hat endlich hinsichtlich der Verwaltung der Masse die Rechte und Pflichten eines Vormundes.[22] Zwar soll er so viel als möglich den Nachlaß in der Lage wie zur Zeit des Ablebens des Erblassers erhalten, also keine Grundstücke veräußern, keine sicher stehenden Kapitalien aufkündigen, keine neuen Geschäfte unternehmen und auch bewegliches Vermögen nur, soweit es rasch verderblich ist oder die Aufbewahrung nicht lohnt, versilbern.[23] Indessen liegt hierin nicht, wie nach römischem Recht, die Grenze seiner Vollmacht, sondern nur eine gesetzliche Instruktion, welche er aus zwingenden Gründen hintansetzen darf.[24] Selbst die Veräußerung von Grundstücken ist ihm unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts verstattet;[25] insbesondere ist er befugt, die nothwendige Subhastation von Nachlaßgrundstücken zu betreiben.[26]

Der Nachlaßpfleger ist befähigt, dem Nachlaß und damit mittelbar dem unbekannten Erben zu erwerben, indem er z. B. das Eigenthum von Grundstücken, welche der Erblasser gekauft hat, durch Auflassung für den Nachlaß

---

18) L. R. I, 9 § 478 ff. Die Vorschriften über die beim Aufgebot selbst einzuhaltenden Fristen bleiben in Kraft nach § 24 des Ausführungsgesetzes zur R. C. P. O. vom 24. März 1879. Auch im Uebrigen sind die Bestimmungen über das Aufgebot eines Verschollenen nach A. G. O. I, 37 § 6 ff. maßgebend, welche jedoch § 22 des angeführten Gesetzes zum Theil neu regelt, indem es zugleich auf die Vorschriften der R. C. P. O. verweist.

19) L. R. I, 9 § 482 ff. Näheres unten § 227. Vgl. auch oben § 194 Anm. 12.

20) L. R. I, 9 § 487.

21) Striethorst Archiv Bd. 13 S. 307 ff., unten § 227 bei Anm. 10.

22) L. R. I, 9 § 473.

23) L. R. I, 9 §§ 474, 475. Dies sind Nachklänge des römischen Rechts.

24) Haßenstein bei Gruchot Beitr. Bd. 19 S. 481.

25) Kam. Ger. Bd. 6 S. 60.

26) Dies war früher bestritten. Es ist nunmehr gesetzlich festgestellt durch das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 180 Abs. 2 Ziff. 1; §§ 182, 184 vgl. Subhastationsordnung vom 15. März 1869 § 112 Ziff. 1. Ueber die Besonderheiten dieser Subhastation siehe unten § 224 Anm. 1.

erwirbt oder Hypotheken wegen der Restkaufgelder verkaufter Nachlaßgrundstücke auf den Namen des Nachlasses eintragen läßt.[27]

Der Nachlaßpfleger vertritt ferner den Nachlaß aktiv und passiv in Rechtsstreitigkeiten.[28]

Da der Nachlaßpfleger die Person des Erben nicht unmittelbar repräsentirt; so steht dem Erben noch frei, der Erbschaft trotz der Geschäftsführung des Nachlaßpflegers innerhalb der gewöhnlichen Ueberlegungsfrist nach Kenntniß des Anfalles zu entsagen.[29] Geschieht dies nicht, so erlangt er den Nachlaß in dem Zustande, in welchem sich derselbe in Folge der Thätigkeit des Nachlaßpflegers befindet. Die Entscheidungen für und gegen den Nachlaßpfleger bezüglich der Rechte und Lasten der Erbschaft machen Rechtskraft für und gegen den Erben. Er kann aber aus der Geschäftsführung des Nachlaßpflegers, wie hervorgehoben wurde, nur soweit in Anspruch genommen werden, als die Kräfte des Nachlasses reichen.

Die Nachlaßpflegschaft erlischt vor Allem, wenn der Erbe ausgemittelt und seine Legitimation dem Richter geführt ist, sowie wenn feststeht, daß der Nachlaß herrenloses Gut ist und dem Fiskus anheimfällt. Des Weiteren endigt sie aber auch, wenn keine Masse mehr da ist, indem dieselbe zur Bestreitung der Erbschaftslasten und der Schulden der Erbschaft oder auch der Vermächtnisse aufgebraucht wurde.[30]

Zweites Kapitel.

Erwerb und Entsagung der Erbschaft.

§ 217. Einleitung.[1]

1. Nach preußischem Rechte wird der Berufene mit dem Tode des Erblassers dessen Erbe von Rechtswegen ohne Willensentschluß,[2] ohne

---

27) Bei Johow App. Ger. Bd. 7 S. 135 ff., Bd. 6 S. 158 geschah die Eintragung auf die „unbekannten Erben.“ Auch die Eintragung auf „den Nachlaß des N. N.“ ist aber zulässig. Der Erbe, welcher sich als solcher später legitimirt, kann die Einschreibung seines Namens zur Erläuterung fordern.

28) Vgl. R. C. P. O. §§ 219, 220, 694. R. G. Bd. 28 S. 354. Ueber Strafanträge durch den Nachlaßpfleger vgl. R. G. in Strafsachen Bd. 8 S. 112.

29) Dies hat das O. Trib. bezüglich des Fiskus anerkannt in Entsch. Bd. 7 S. 155. Derselben Ansicht ist Haßenstein bei Gruchot Bd. 19 S. 480. Die entgegengesetzte Ansicht ist grundsätzlich vertheidigt bei Striethorst Archiv Bd. 90 S. 231.

30) Vgl. oben § 194 Anm. 11.

1) L. R. I, 9 § 367 ff. Vgl. oben § 99 über die geschichtliche Entwickelung des derzeitigen preußischen Rechts, Th. Gaupp juris Borussici de acquirenda hereditate quaestiones. Vratislaviae 1857, sowie den Aufsatz in Schering's Archiv Bd. 1 S. 401 ff. Ueber gemeines Recht vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 160 ff.

2) Vgl. L. R. I, 9 § 367.

Kenntniß des Anfalles, folgerecht auch im Zustand der Handlungsunfähigkeit.[3] Daher überträgt sich die dem Berufenen angefallene Erbschaft fortan auf dessen Erben.[4]

Von der Kenntniß des Anfalles an läuft dem Erben aber eine Ueberlegungsfrist, innerhalb deren er sich über die Annahme unter Vorbehalt des Inventars, oder ohne solchen Vorbehalt, oder über die Entsagung erklären kann. Die Annahme der Erbschaft wird vom Landrecht auch deren Antritt genannt. Sie hat aber nicht wie nach römischem Recht die Bedeutung des Erwerbes, sondern nur der Befestigung des Erwerbes der Erbschaft. Wer sich innerhalb der Ueberlegungsfrist nicht erklärt hat, ist Erbe unter Vorbehalt des Inventars geworden. Aber der Erbe geht des Vorbehalts verlustig, wenn er binnen einer vom Ablauf der Ueberlegungsfrist an zu berechnenden weiteren gesetzlichen Frist von 6 Monaten kein vorschriftsmäßiges Inventar errichtet hat. So wird, wer zur Erbschaft berufen, längere Zeit hindurch unthätig ist, als Erbe ohne Vorbehalt den Erbschaftsgläubigern mit dem eigenen Vermögen haftbar.[5]

---

3) Nach römischem Recht konnte der Geisteskranke die ihm angetragene Erbschaft — falls er heres voluntarius war — nicht erwerben, denn ihm selbst fehlte die hierzu nöthige Handlungsfähigkeit, und Erwerb durch Vertreter war nach altüberkommenem Rechtssatz ausgeschlossen. Es wurde demselben nur eine interimistische bonorum possessio furiosi nomine gewährt, so daß die Erbschaft, wenn der Geisteskranke verstarb, ohne zum Bewußtsein zu kommen, denjenigen weiter angetragen wird, welche die nächsten Intestaterben des Erblassers des Geisteskranken waren, vgl. namentlich l. 7 C. de curatore furiosi 5, 70. Nach preußischem Recht aber erwirbt der Geisteskranke den ihm angefallenen Nachlaß von Rechtswegen und überträgt die Erbschaft auf seine Erben.

4) Nach römischem Recht galt für den heres voluntarius der entgegengesetzte Grundsatz. Hatte er die angetragene Erbschaft nicht durch seinen Entschluß erworben, sei es, daß er bei seinem Tode noch keine Kenntniß von der Berufung hatte oder noch deliberirte, so übertrug er das Recht auf den Antritt nicht auf seine Erben. Diese Regel wurde jedoch zuerst in der heidnischen Kaiserzeit durch in integrum restitutio, dann in der christlichen Kaiserzeit durch die sog. transmissio Theodosiana und Justiniana in ausgedehnter Weise durchbrochen. Suarez fand bei der Schlußrevision, Kamptz Jahrb. Bd. 41 S. 12, die Abweichung des preußischen Rechts vom römischen hauptsächlich in der Beseitigung der bei den heredes extranei geltenden Regel „hereditas non adita non transmittitur ad heredes," bemerkt jedoch, daß bei genauerer Erwägung der vielen Ausnahmen diese Regel als thatsächlich aufgehoben erscheine.

5) Hieraus können Härten entstehen. Daher erfuhren die Bestimmungen des Landrechts Anfechtung und Tadel. So in Ulrichs Archiv Bd. 9 S. 517 ff. und in der Abhandlung bei Schering Bd. 1 S. 422 ff. Man führt an, daß sich die Gesetzesbestimmung nicht vollständig in das Bewußtsein des Volkes eingelebt habe, daß die Unterlassung einer Thätigkeit des Erben ihn mit einem Nachtheil unverhältnißmäßiger Art bedrohe und daß es kein anderes Beispiel im Civilrecht gebe, in welchem das bloße Stillschweigen auf eine Offerte, und eine solche liege in der Berufung zur Erbschaft, Verbindlichkeiten von so unübersehbarer Tragweite erzeuge, wie sie der Erbschaftsanfall im Gefolge habe. Auch habe es keinen Rechtsgrund für sich, demjenigen, welcher eine angefallene Erbschaft nicht will, die Mühe und Kosten einer Entsagung aufzulegen. Es ist unbezweifelbar, daß sich diese Gegengründe sehr wohl hören lassen. Allein für den Durchschnitt der Fälle ist das System des Landrechts nützlich und der Vorwurf der Härte erscheint übertrieben. Das Band, welches die Ehe oder die Verwandtschaft mit dem

Das preußische Recht ist also grundsätzlich verschieden vom römischen und zwar nicht bloß von dem Recht der voluntarii heredes, welche nur durch Willenserklärung Erbe wurden, sondern auch von dem der sui et necessari, welche, obwohl Erben von Rechtswegen, so lange sie sich nicht eingemischt hatten, das jus abstinendi hatten, also gleichfalls den Gläubigern der Erbschaft nur in Folge eines Willensaktes verpflichtet wurden. Es ist auch abweichend vom älteren deutschen Recht, an welches es sich anlehnt. Denn wenn hier einerseits der Erbe von Rechtswegen Erbe wurde, so wurde er andererseits für die Erbschaftsschulden nicht mit dem eigenen Vermögen verpflichtet.[6]

2. Nach preußischem Rechte geschieht im Fall einer aufschiebend bedingten Erbeseinsetzung der Anfall der Erbschaft zunächst an die gesetzlichen Erben, so daß die bedingt ernannten Testamentserben ein eventuelles vererbliches fideikommissarisches Recht erhalten.[7] In der Schwebe bleibt aber zunächst der Erbe, wenn es fraglich ist, ob der zur Erbschaft berufene zum Dasein kommt. So steht es insbesondere, wenn der Erblasser eine Stiftung, die noch der königlichen Genehmigung bedarf, zu Erben einsetzt, oder wenn die Frage, wem die Erbschaft anfällt, davon abhängt, ob eine beim Tode des Erblassers vorhandene Leibesfrucht lebendig geboren wird.

3. Die Leibesfrucht erhält im Bedürfnißfall einen Pfleger.[8] Demselben liegt vorzugsweise die Sorge für die Erhaltung der Mutter und damit ihrer Leibesfrucht ob. Die aufzuwendenden Kosten bilden eine Schuld der Erbmasse,[9] so daß die Mutter nichts zu ersetzen hat, wenn die Leibesfrucht

---

Erblasser knüpfte, bringt eben Pflichten mit sich, wie Rechte. Wer aber durch Testament Erbe wird, erhält durch die Publikationsverhandlung Aufklärung über das, was ihm zu thun obliegt, und wird nicht leicht in Nachtheil gerathen. Keinenfalls empfiehlt es sich, wie der Aufsatz bei Schering befürwortet, zu den Grundsätzen des römischen Rechts zurückzukehren, in welchem die Nachlaßgläubiger mit dem schwierigen Beweis der pro herede gestio des Erben belastet werden, so daß hierüber leicht langwierige und chikanöse Prozesse entstehen, vgl. bei Ulrichs Archiv Bd. 10 S. 29. Es war somit nicht ohne inneren Grund, daß die seinerzeit angestrebte Aenderung der landrechtlichen Bestimmungen im Wege der Gesetzgebung ergebnißlos verlief.

6) Was die örtliche Kollision der bezüglichen Rechtsnormen anlangt, so ist überwiegend anerkannt, daß sich die Art des Erwerbes, also namentlich ob von Rechtswegen oder durch Willenserklärung, nach dem letzten Wohnsitz des Erblassers richtet, und daß der eigene Wohnsitz des Erben hierüber nicht entscheidet, Striethorst Archiv Bd. 19 S. 186 ff., Bd. 75 S. 116, oben Bd. 1 § 27 bei Anm. 9. Hinsichtlich der Form der abzugebenden Erklärung, insbesondere der Entsagung, ist aber diejenige des Ortes der Abgabe nach der Regel locus regit actum zu berücksichtigen, Striethorst Archiv Bd. 70 S. 140 ff.

7) Vgl. L. R. I, 9 §§ 369, 370, siehe oben § 124.

8) Vgl. V. O. § 88, Dernburg Vormundschaftsrecht § 101. Nach preußischem Recht erhält die Leibesfrucht auch dann einen Pfleger, wenn sie nicht zur Erbschaft berufen ist, falls anderweite Ansprüche der Leibesfrucht zu wahren sind, oben § 89 Buchst. b.

9) L. R. II, 18 § 962. Begrenzter war das Recht nach l. 5 pr., l. 6 D. de ventre in possessionem mittendo 37, 9.

vor der Geburt zu Grunde geht und selbst wenn Schwangerschaft nicht vorhanden war, es liege denn absichtliche Täuschung vor.[10]

Außer dem Pfleger für die Leibesfrucht ist ein Nachlaßpfleger nöthig, welcher den Nachlaß für den ungewissen Erben zu verwalten hat. Doch bestimmte das Landrecht, daß der Kurator der Leibesfrucht dann zugleich zum Nachlaßkurator bestellt werden solle, wenn es sich um einen Nachlaß handle, bezüglich dessen die Leibesfrucht im Fall ihrer Geburt alle anderen Personen ausschließen würde.[11] Dies hat durch die Vormundschaftsordnung zwar Gesetzeskraft verloren, ist aber selbstverständlich noch immer die Regel, nach welcher der Richter verfährt. Sind Miterben neben der Leibesfrucht vorhanden, so konnten dieselben nach gemeinem Rechte über die ihnen sicher zufallenden ideellen Theile der Nachlaßsachen thatsächlich und rechtlich frei verfügen; für die Leibesfrucht aber wurden drei Theile vorbehalten, da Drillinge möglich sind.[12] Nach preußischem Recht kommen den Miterben bis zur Vollziehung der Erbtheilung bestimmte Theile an den einzelnen Erbschaftsgegenständen nicht zu; der Nachlaß wird daher beim Vorhandensein einer mitberufenen Leibesfrucht gemeinsam von den Miterben unter Zuziehung des Nachlaßpflegers verwaltet. Sie sind hierbei an die Einschränkungen gebunden, welche dem Nachlaßpfleger gesetzlich vorgeschrieben sind.[13]

§ 218. Die Ueberlegungsfrist des Erben.[1]

I. Nach römischem Rechte konnte der Erbe seine Erklärung über den Erwerb der Erbschaft beliebig hinausschieben, wenn ihm nicht der Erblasser im Testament eine den Antritt bedingende Frist gesetzt hatte.[2] Auf Antrag der Gläubiger wurde ihm jedoch eine Deliberationsfrist durch den Richter gegeben, und zwar galt er bei Nichterklärung innerhalb der Frist nach vorjustinianischem Rechte als ausschlagend,[3] nach justinianischem als antretend.[4] Solche Frist konnte sich auch der berufene Erbe selbst erbitten.[5]

---

10) Vgl. L. R. I, 9 §§ 377, 381, vgl. l. 3, l. 1 § 28 D. h. t. 37, 9.

11) L. R. I, 9 § 372, vgl. l. 1 §§ 17, 18 D. h. t. 37, 9. Hinsichtlich der Substanz des Nachlasses darf der Pfleger ohne Zuziehung und Einwilligung derer, welche in Ermangelung der Leibesfrucht die nächsten zur Erbschaft sein würden, nichts verfügen.

12) l. 3, l. 4 D. si pars her. pet. 5, 4.

13) L. R. I, 9 §§ 378, 379, 373, 374.

1) L. R. I, 9 § 383 ff. Tit. Dig. de jure deliberandi 28, 8.

2) l. 72 D. de a. vel. o. her. 29, 2. Das hierher gehörige Institut des klassischen Rechtes, die cretio, ist in das justinianische Recht nicht übergegangen.

3) Gaj. Inst. II § 167. Ob nach römischem Rechte andere Betheiligte z. B. Vermächtnißnehmer, nachberufene Erben, die Rechte der Gläubiger in dieser Hinsicht hatten, ist bestritten.

4) l. 22 § 14 C. de jure deliberandi 6, 30.

5) l. 5 pr. D. h. t. 28, 8. Die Bestimmungen, welche für die Deliberation der extranei heredes bezüglich der Frage des Antrittes der Erbschaft bestanden, galten

II. Das preußische Recht hat dem Erben gesetzliche Fristen zur Erklärung gesetzt, so daß wer sie unbenutzt verstreichen läßt, die Erbschaft endgültig erwirbt, zunächst aber unter dem Vorbehalt des Inventars.[6] Die Ueberlegungsfrist beträgt 6 Wochen,[7] wenn aber der Aufenthaltsort des Erben über 40 Meilen von dem letzten Wohnsitze des Erblassers entfernt ist, 3 Monate sei erlangter Wissenschaft des Erbanfalles.[8] Stirbt der Erbe vor Ablauf der Ueberlegungsfrist, so läuft seinen Erben zur Erklärung über den ersten Anfall dieselbe Frist, welche ihnen in Ansehung des zweiten zu Statten kommt.[9]

Die Frage, unter welchen Umständen genügende Kenntniß des Erbanfalles besteht, unterliegt nicht selten Zweifeln. Wer zur Zeit des Todes des Erblassers dessen nächster Intestaterbe war, wird in vielen Fällen, wenn er den Tod desselben erfährt, damit auch den Erbanfall kennen;[10] dagegen wird gegen den, welchem eine Erbschaft durch die Entsagung eines Anderen zufällt, die Frist von der richterlichen Mittheilung an gerechnet, und nicht von anderweiter zufälliger Wissenschaft der Abgabe der Entsagungserklärung.[11] Dem Testamentserben läuft die Ueberlegungsfrist erst von der Eröffnung des Testamentes[12 13] und der Kunde seines Inhaltes an,

---

auch für die sui bezüglich der Entscheidung über Abstinenz oder Einmischung in die Erbschaft l. 8, l. 9 D. h. t. 28, 8.

6) Dies gilt auch für den Fiskus Entsch. des O. Trib. Bd. 7 S. 155.

7) Das Erbschaftsedikt von 1765 — n. c. c. vol. II p. 691 § 1 — setzte die Deliberationsfrist für Personen in derselben Provinz auf 6 Wochen, für Angehörige anderer Provinzen bis zu 40 Meilen auf 2 Monate, für über 40 Meilen Entfernte auf 3 Monate nach erhaltener Nachricht.

8) L. R. I, 9 §§ 384, 385. Das Gesetz gewährt die dreimonatliche Frist, wenn der Aufenthalt des Erben über 40 Meilen von dem letzten „Wohnorte" des Erblassers entfernt ist. Willkürlich verstehen hierunter Koch Erbrecht S. 1149, Förster Bd. 4 § 269 Anm. 7 den Sterbeort, wofür weder äußere noch auch innere Gründe sprechen, da der Sterbeort ganz zufällig ist. Die richtige Ansicht hat das Plenum des Reichsoberhandelsgerichts, Entsch. Bd. 2 S. 230, ebenso Eccius Bd. 4 § 269 Anm. 7.

9) L. R. I, 9 § 397.

10) Dennoch ist es unrichtig, die Kenntniß der gesetzlichen Erben vom Tode des Erblassers schlechthin als gleichbedeutend mit der Kenntniß des Erbanfalles zu bezeichnen, wie dies bei Striethorst Archiv Bd. 75 S. 114 ff. geschieht. Es ist dies z. B. nicht der Fall, wenn der nächste Erbe irrthümlicherweise das Vorhandensein eines näheren Verwandten annahm. Vgl. unten Anm. 15.

11) Entsch. des O. Trib. Bd. 13 S. 140. Dies wird dadurch begründet, daß es sich bei der Erbschaftsentsagung nicht von einer offenkundigen Thatsache handelt, wie beim Tode des Erblassers, sondern von der Errichtung, Rechtzeitigkeit und Rechtsgültigkeit eines Rechtsaktes, von welchem der Dritte nur dann eine sichere Ueberzeugung erlangen kann, wenn ihm durch den Richter hiervon Kunde wird.

12) L. R. I, 12 § 242 vgl. oben § 215. Selbst bei wechselseitigem Testament beginnt hiernach die Ueberlegungsfrist erst mit der Eröffnung des Testamentes, nicht schon mit der Kenntniß vom Tode des vorverstorbenen Ehegatten, obgleich der Ueberlebende den Inhalt des gemeinsamen Testamentes kennen mußte. Denn da der Vorverstorbene

bei bedingter Ernennung bedarf es zum Beginn der Frist außerdem der Kenntniß vom Eintritt der Bedingung, bei betagter muß auch der Termin herangekommen sein. Ist ein Testament zwar formgerecht errichtet, aber ungültig, so kann die Wissenschaft des Intestaterben nur nach den Umständen des Falles bemessen werden, sie ist keinenfalls vor gerichtlicher Eröffnung des Testamentes und Kenntnißnahme seines Inhaltes zu unterstellen.[14] [15] Der Kenntniß des Erben steht, wenn derselbe nicht handlungsfähig ist, die seines Vaters oder Vormundes gleich.[16]

3. Während der Ueberlegungsfrist ist der Erbe nicht schuldig, sich auf Klagen, welche den Nachlaß betreffen, einzulassen noch auch Prozesse, welche von dem Erblasser oder gegen ihn angestellt wurden, fortzusetzen.[17] [18] Arrestatorische Maßnahmen aber, deren Voraussetzungen vorliegen, können die Gläubiger auch in der Zwischenzeit erwirken.[19] Zwangsvollstreckung, welche zur Zeit des Todes des Schuldners gegen diesen bereits begonnen

---

seine Verfügung widerrufen durfte, so erhielt der Ueberlebende erst mit der Testamentseröffnung sichere Ueberzeugung vom Fortbestehen der Verfügung. So R. O. H. G. Bd. 12 S. 437, Striethorst Archiv Bd. 92 S. 132 ff.

13) Darüber, daß dieser Grundsatz auch Anwendung findet, wenn ein s. g. Notherbe im Testament zum Erben eingesetzt ist, vgl. oben § 206 Ziff. 2.

14) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 24 S. 490, wo freilich ein besonderer Fall behandelt wird.

15) Nach Eccius Bd. 4 § 269 Anm. 9 soll Rechtsirrthum bei der Frage nach Kenntniß des Erbanfalls nicht beachtet werden. Das ist hart und nicht bewiesen. Die Wissenschaft, welche L. R. I, 12 § 384 fordert, kann nicht durch eine Fiktion ersetzt werden. Vgl. l. 25 § 6 D. de her. pet. 5, 3: „et non puto esse praedonem, qui dolo caret, quamvis in jure errat."

16) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 16 S. 126.

17) L. R. I, 9 § 386. R. G. Bd. 27 S. 83. Die Wirkung der Ueberlegungsfrist wird durch die R. C. P. O. nicht berührt, da sie auf dem materiellrechtlichen Satz beruht, wonach der Berufene in der Zwischenzeit noch nicht alle Rechte und Pflichten eines Erben hat. Die berufenen Erben sind also während der Ueberlegungsfrist gemäß R. C. P. O. § 217 befugt, die Aufnahme des Verfahrens abzulehnen. Vgl. aber Eccius Bd. 4 § 269 Anm. 26 ff. Förster Bd. 4 S. 272 bemerkt: „Der § erwähnt nur der Forderungen der Gläubiger, Vindikationsansprüche gegen den Nachlaß können also auch während der Deliberationsfrist geltend gemacht werden." Dies ist unrichtig. Unter Forderungen versteht § 386 alle klagbaren Ansprüche, wie aus dem zweiten Theil des Satzes erhellt: „und ist Prozesse fortzusetzen nicht schuldig." Vgl. auch Eccius Bd. 4 § 269 Anm. 25.

18) Nach C. P. O. § 694 hat, wenn der Schuldner vor Beginn der Zwangsvollstreckung verstarb, das Nachlaßgericht auf Antrag des Gläubigers bei ruhender Erbschaft einen Pfleger zu bestellen, „wenn der Erbe oder dessen Aufenthalt unbekannt ist" hieraus leitet Eccius Bd. 4 § 269 Anm. 31 für das preußische Recht den Satz her, daß dann, wenn der Erbe während der laufenden Ueberlegungsfrist der Ertheilung der Vollstreckungsklausel gegen ihn widerspricht, dem Nachlaß ein Pfleger zu bestellen ist, gegen welchen die Zwangsvollstreckung eingeleitet werden kann. Das ist nicht richtig. Von einer „ruhenden Erbschaft" kann nach preußischem Rechte hier keine Rede sein. Mögen sich doch die Gläubiger mit den Pfändungen etwas gedulden. Bei Ueberschuldung des Nachlasses steht ihnen ja die Beantragung des Konkurses offen, vgl. unten Anm. 21.

19) L. R. I, 9 § 387.

hat,[20] gegen den Nachlaß fortgesetzt werden, der Erbe kann dieser Fortsetzung also nicht durch Berufung auf die Ueberlegungsfrist entgegentreten.[21]

4. Der Erbe ist berechtigt, während der Ueberlegungsfrist zum Besten des Nachlasses Handlungen vorzunehmen, welche keinen Aufschub leiden.[22] Aus solchen Handlungen ist der Schluß auf die Annahme der Erbschaft nicht zulässig. Dieselben bleiben rechtsbeständig, auch wenn er der Erbschaft während der Ueberlegungsfrist rechtsgültig entsagt.[23][24]

§ 219. Die Erklärung des Erben.

1. Die Erklärung des Erben über Annahme oder Entsagung der Erbschaft setzt zu ihrer Rechtsgültigkeit dessen volle Handlungsfähigkeit,[1] sowie das ungeschmälerte Verfügungsrecht über die Erbschaft voraus.

Für das minderjährige Hauskind kann dessen Vater handeln, und mit oder ohne Vorbehalt antreten oder auch entsagen.[2] Der Vormund dagegen ist für den Bevormundeten nur zum Antritt unter Vorbehalt oder auch zur Entsagung unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts befugt, der Rechtswohlthat des Inventars kann er den Mündel durch Handlungen oder Unterlassungen nicht verlustig machen.[3] Bricht nach Anfall der Erbschaft, aber vor Ablauf der Ueberlegungsfrist, über den Erben

20) R. C. P. O. § 693, oben § 216 Anm. 7 a. E. Anders A. G. O. I, 24 § 15. Der Beginn der Zwangsvollstreckung in Mobilien liegt in der Pfändung, der Beginn der Subhastation von Immobilien wird vom Gesetz vom 13. Juli 1883 in die Zustellung des Einleitungsbeschlusses der Versteigerung an den Schuldner gesetzt, durch welche die Beschlagnahme bewirkt wird, vgl. § 16 Abs. 3 des angeführten Gesetzes — oben Bd. 1 § 347 Anm. 11 — und die Regierungsmotive zu § 14 des Gesetzes. Hatte der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel gegen den Erblasser erlangt, ohne daß die Zwangsvollstreckung bereits begonnen hat, so muß er nach Maßgabe von R. C. P. O. §§ 665, 666 vor deren Beginn gegen den Erben eine vollstreckbare Ausfertigung erwirken, und dies ist erst zulässig nach Ablauf der Ueberlegungsfrist.

21) Die Ueberlegungsfrist hindert auch die Eröffnung des Konkurses über den Nachlaß nicht, R. K. O. § 204, unten § 226 Anm. 8.

22) L. R. I, 9 § 388, vgl. l. 5 § 1, l. 7 § 3 D. de jure deliberandi 28, 8, l. 5 pr. D. de her. pet. 5, 3. Nach römischem Rechte bedurfte es prätorischer Ermächtigung.

23) Vgl. l. 26 D. de contr. emt. 18, 1.

24) Von der Ueberlegungsfrist als Hinderniß der Verjährung handelt oben Bd. 1 § 166 bei Anm. 25.

1) L. R. I, 9 § 389.

2) Vgl. oben § 55 Anm. 17.

3) V. O. § 50, § 42 Ziff. 14, vgl. L. R. II, 18 §§ 643, 644, I, 9 §§ 430, 431. Dernburg Vormundschaftsrecht § 72. Antritt ohne Vorbehalt ist auch mit Genehmigung des Vormundschaftsgerichts nicht zulässig. Nach älterem römischem Rechte konnte der Pupill, da die Erbschaft in Person angetreten werden mußte, wohl tutore auctore erwerben oder ausschlagen, eine Vertretung durch den Vormund war aber unzulässig l. 5 C. de jure deliberandi 6, 30, l. 1 § 4 D. de succ. edicto 38, 9. Im jüngsten römischen Rechte wurde dagegen der Erwerb durch den Tutor des Unmündigen an dessen Statt anerkannt, vgl. l. 18 § 2, aber auch § 4 C. h. t. 6, 30.

Konkurs aus, so geht die Entscheidung über Annahme oder Zurückweisung des Erwerbes, welcher, weil bereits angefallen, zur Konkursmasse gehört, auf den Konkursverwalter über. Entsagung für die Konkursmasse durch ihn fordert Genehmigung des Gläubigerausschusses, beziehungsweise der Gläubigerversammlung.[4] Solche Entsagung hindert den Gemeinschuldner nicht, für sich anzutreten so aber, daß die Masse nicht betheiligt wird.[5] Eine Erbschaft, welche dem Gemeinschuldner nach der Konkurseröffnung anfällt, ist nach der Reichskonkursordnung der Konkursmasse fremd, untersteht deshalb der Entscheidung des Gemeinschuldners allein.[6]

Die ungerechtfertigte Entsagung eines Ueberschuldeten kann der Anfechtung seiner Gläubiger unterliegen.[7]

2. Das römische Recht verlangte, daß die Annahme, wie die Zurückweisung der Erbschaft von dem berufenen Erben in eigener Person geschehe.[8] Das preußische Recht verstattet, die Entscheidung Stellvertretern zu überlassen, vorausgesetzt, daß sie Specialvollmacht haben.[9] [10] Spätere Genehmigung ersetzt die Vollmacht nur, wenn sie innerhalb der Ueberlegungsfrist erfolgt.[11]

3. Die Erklärung der Annahme der Erbschaft kann formlos geschehen, also durch Handlungen wie durch Worte. Sie liegt namentlich in jeder Verfügung über Nachlaßsachen — pro herede gestio —, aus welcher die Absicht, nicht bloß einstweilen zu verwalten, sondern sich als Erbe zu betragen, unzweideutig erhellt.[12]

---

4) Reichskonkursordnung vom 10. Februar 1877 § 1 § 122 unter 2.
5) A. Ansicht Eccius Bd. 4 § 269 Anm. 23.
6) Reichskonkursordnung § 1 Absatz 1.
7) Dies gilt für eine vor der Konkurseröffnung erklärte Entsagung, wie im Wege der Anfechtung außerhalb des Konkurses für die Entsagung einer Erbschaft, welche dem Schuldner nach der Konkurseröffnung anfällt.
8) l. 65 pr. D. ad S. C. Trebellianum 36, 1; die bonorum possessio konnte durch Stellvertreter agnoscirt werden, l. 3 § 7 D. de bon. poss. 37, 1. Daher nehmen die gemeinrechtlichen Schriftsteller an, daß nach gemeinem Rechte der Erwerb des Nachlasses allgemein durch Stellvertreter zulässig sei. Dies entspricht auch der Praxis.
9) Vgl. L. R. I, 13 § 18.
10) Vgl. L. R. I, 13 § 103. Eccius Bd. 4 § 269 Anm. 37 behauptet, daß die Annahme einer Erbschaft auch durch einen Generalbevollmächtigten geschehen könne. Selbstverständlich kann der Ehemann einer zum Eingebrachten gehörenden Erbschaft seiner Frau nicht entsagen, Eccius Bd. 4 § 269 Anm. 40.
11) Arg. l. 24 pr. D. ratam rem haberi 46, 8, Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 125, vgl. oben Bd. 1 § 116 Anm. 10.
12) Vgl. L. R. I, 9 § 420, l. 20 pr. D. de a. vel o. her. 29, 2. Unrichtig ist es, wenn Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 143 behauptet, die Bestimmung des § 420 verliere alle ihre Bedeutung durch die Bestimmung des § 421, wonach dem bloßen Stillschweigen, also der gänzlichen Unthätigkeit des berufenen Erben innerhalb der Ueberlegungsfrist, die Wirkung der pro herede gestio beigelegt werde. Die Bedeutung liegt eben darin, daß der Erbe, welcher durch Einmischung in die Erbschaft antrat, nicht mehr entsagen

Dagegen kann die Erbschaftsentsagung nicht stillschweigend wie nach römischem Rechte[13] geschehen, vielmehr fordert das Landrecht, ähnlich wie andere neuere Rechte, eine förmliche Erklärung. Dies rechtfertigt sich daraus, daß die Entsagung für die Rechte und Interessen Dritter besonders wichtig ist.[14] Sie muß daher beim Nachlaßgericht,[15] sei es mündlich zu Protokoll oder mittels eigenhändig unterschriebener Eingabe,[16] und zwar ausdrücklich[17] erfolgen. Die gerichtliche Erhebung eines mit dem Erwerb der Erbschaft unvereinbaren Anspruches kann also die ausdrückliche Erklärung der Entsagung nicht ersetzen.

Die nämlichen Formen wie für die Entsagung der Erbschaft sind für den Verzicht auf den Vorbehalt erfordert, ja eine Verschärfung derselben liegt darin, daß die Unterschrift der Eingabe bei Gericht gerichtlicher oder notarieller Beglaubigung bedarf.[18]

4. Die einmal abgegebene Erklärung über die Annahme oder die Entsagung ist unwiderruflich.[19] Verzicht auf den Vorbehalt kann jedoch

---

kann, wenn auch die Ueberlegungsfrist noch läuft, daß ihm ferner die Suspension der Klagen während dieser Frist nicht mehr zu Gute kommt. L. R. I, 9 § 412, beziehungsweise § 386, oben § 218 Anm. 18. Vgl. Eccius Bd. 4 § 269 Anm. 25.

13) l. 95 D. de a. vel o. her. 29, 2.

14) L. R. I, 9 § 398 ff., vgl. code civil art. 784. Eccius Bd. 4 § 269 Anm. 52 meint: „Die Entsagung ist ihrer Natur nach eine einseitige Handlung; sie wird Niemanden gegenüber abgegeben." Richtiger wäre zu sagen: „Sie wird Jedermann gegenüber abgegeben."

15) L. R. I, 9 § 392 und oben § 213 Ziff. 2. Die Erklärung, welche aus Versehen bei einem unzuständigen Gericht geschah, wahrt die Frist, wenn sie sogleich nach erhaltener Bedeutung darüber bei dem zuständigen Gericht angebracht wird, § 393 des Titels.

16) L. R. I, 9 § 398. Im § 399 wird zwar hinzugefügt, daß die Unterschrift des Entsagenden gerichtlich oder durch einen Justizkommissar beglaubigt sein müsse; dies wird aber der Sache nach durch § 400 wieder aufgehoben, welcher, bei der letzten Revision des Entwurfes eingeschoben, auch anderen Beweis der Aechtheit der Entsagungserklärung verstattet. Der Entsagende muß sich hiernach auch nicht als Erbe bei Abgabe der Erklärung legitimiren. Die Ansicht, daß der § 400 nur zum Vortheil des Entsagenden, nicht zu seinem Nachtheil angerufen werden könne, welche Bornemann aufstellte Bd. 6 S. 296, hat keinen Anklang gefunden. Es genügt übrigens auch die Einreichung der Ausfertigung einer bei einem anderen Richter oder der vom Notar aufgenommenen Originalurkunde, Entsch. des O. Trib. Bd. 59 S. 49.

17) L. R. I, 16 § 381, vgl. auch L. R. I, 9 §§ 414, 415.

18) In L. R. I, 9 § 415 wird auf die in den §§ 398 und 399 des Titels vorgeschriebenen Formen verwiesen, nicht aber auf § 400 — siehe oben Anm. 16. Hieraus hat das O. Trib. Präj. 2379 gefolgert, daß die besondere Bestimmung des § 400 auf die Erbschaftsantretung ohne Vorbehalt nicht anwendbar sei.

19) L. R. I, 9 §§ 411, 412. Die Worte des § 412 der Erbe könne der einmal angenommenen Erbschaft „zum Nachtheil eines Dritten nicht mehr entsagen," sind müßig. Der Dritte, welcher die verspätete Entsagung nicht gelten lassen will, muß nicht nachweisen, daß ihm durch die Entsagung ein Nachtheil erwächst, Entsch. d. O. Trib. Bd. 16 S. 126, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 955. Vgl. auch Eccius Bd. 4 § 269 Anm. 56. Ueber Entsagung im Fall des Erbschaftskaufes siehe unten § 234 Anm. 18.

noch binnen der Ueberlegungsfrist gerichtlich dann zurückgenommen werden, wenn der Erbe noch nicht über die Substanz des Nachlasses verfügt hat.[20]

5. Die Erklärung ist nur rechtsverbindlich, wenn sie nach dem Tode des Erblassers geschah; beruhte der Anfall auf einem letzten Willen, so muß auch dessen Eröffnung erfolgt und sein Inhalt dem Erklärenden bekannt sein.[21] Zur Geltung der Erklärung ist ferner vorausgesetzt, daß sie unbedingt und ohne einen anderen Vorbehalt, als den des Inventars, abgegeben wurde.[22]

6. Die Erklärung muß sich auf die gesammte angefallene Erbschaft beziehen, denn was als Einheit angetragen ist, kann nur als Einheit übernommen oder zurückgewiesen werden. Hiernach beantwortet sich auch die Frage, ob eine Erklärung, welche bezüglich eines bereits angefallenen Erbtheils abgegeben ist, auch für andere Erbtheile maßgebend ist, welche erst später endgültig anfallen, z. B. weil sie nur bedingt zugewendet waren. Wir haben dies für die Regel zu bejahen, denn der Erblasser wird regelmäßig seine Erbzuwendungen als eine wenn auch unter verschiedenen Modalitäten gegebene einheitliche Verfügung erachtet haben.[23]

7. Die Entsagung der Erbschaft kann wegen Zwanges, Betruges, Irrthums wie andere Willenserklärungen angefochten werden.[24] Irrthum

20) L. R. I, 9 §§ 416, 417. Ueber Erbentsagungsverträge vgl. oben §§ 180, 181.

21) Vgl. L. R. I, 12 § 242. Striethorst Archiv Bd. 96 S. 208, R. G. Bd. 30 S. 262. Die Erklärung ist rechtsverbindlich, wenn sie nach dem Tode des Erblassers und der Eröffnung seines Testamentes, aber vor Eintritt der Bedingung geschieht, unter welcher der Erklärende eingesetzt ist; die entgegengesetzten Entscheidungen der Römer l. 13 pr. § 2 D. de a. vel. om. her. 29, 2 sind schon deshalb nicht anwendbar, weil auch das bedingte Erbrecht nach preußischem Rechte bereits mit dem Tode des Erblassers als solches erworben wird.

22) L. R. I, 9 §§ 394, 396, vgl. l. 77 D. de R. J. 50, 17, l. 51 § 2 D. de a. vel o. her. 29, 2, Entsch. des O. Trib. Bd. 8 S. 244.

23) L. R. I, 9 §§ 395, 396, l. 1 D. h. t. 29, 2: qui totam hereditatem acquirere potest, is pro parte eam scindendo adire non potest, l. 2 D. eod.: sed et si quis ex pluribus partibus in ejusdem hereditate institutus sit, non potest quasdam partes repudiare, quasdam agnoscere. Ob Letzteres auch nach preußischem Recht gilt, ist freilich bestritten, Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 102 verneint, weil er den Satz auf die Regel „nemo pro parte testatus decedere potest“ zurückführt, die doch durchaus nicht eingreift, wenn testamentarische Miterben vorhanden sind. Vgl. jedoch Eccius Bd. 4 § 269 Anm. 49.

24) Wer der Erbschaft in Folge Zwanges oder Betruges oder Irrthums entsagt hat, kann die Anfechtung gegen den Erben richten, welcher in seine Stelle trat. Er erlangt die Stellung eines Nacherben, wenn durch rechtskräftiges Urtheil seine Entsagung für ungültig erklärt wird; gegen denjenigen, der ihn gezwungen oder betrogen hat, hat er außerdem Klage auf Schadloshaltung. Zweifelhafter ist der Fall, daß man durch Zwang oder Betrug vermocht wurde, die Erbschaft zu behalten, die man sonst abgelehnt hätte. Ein Rechtsmittel, um sich nachträglich von der Erbschaft loszumachen, kennt das preußische Recht nicht; das Recht der Entsagung ist daher ein für allemal verwirkt. Gegen Erbschaftsgläubiger aber, welche durch Betrug oder Zwang

über die Vermögenslage des Nachlasses, namentlich über dessen Bestandtheile oder über die Höhe der Schulden ist kein Anfechtungsgrund, weil er nur Beweggründe der Erklärung betrifft.[25]

8. Die Kosten der Erklärung, insbesondere auch die der Entsagung liegen demjenigen auf, welcher dieselbe abgiebt.[26]

§ 220. Die Folgen der Erbschaftsentsagung.

1. Nach römischem Rechte war es dem testamentarisch Berufenen, wenn er zugleich der nächste Intestaterbe war, nicht verschränkt, aus dem Testament auszuschlagen und als Intestaterbe anzutreten.[1] Nach preußischem Recht ist eine Entsagung auf die testamentarische Berufung unter Vorbehalt des gesetzlichen Erbrechts für die Regel unzulässig.[2] Wenn indessen dem überlebenden Ehegatten in Folge des Statutarrechtes Erbrechte zustehen, die ihm durch Testament gegen seinen Willen nicht entzogen werden können, so steht es ihm frei, einer etwaigen testamentarischen Berufung zu entsagen und aus dem Statut zu erben.[3] Auch der Vertragserbe, welcher durch späteres Testament des Erblassers zum Erben eingesetzt ist, hat das Recht, die testamentarische Berufung zurückzuweisen und die Erbschaft aus dem Vertrage zu behalten.[4]

2. Die Entsagung der Erbschaft hat den Verlust von letztwilligen Vortheilen, welche dem Entsagenden nicht als Erbtheil zugedacht sind, an sich

---

die Entsagung verhinderten, steht dem Betrogenen oder Gezwungenen die exceptio doli offen. — Wer im wesentlichen Irrthum über die Identität des Nachlasses war, kannte die wirkliche Berufung nicht; die Entsagungsfrist läuft ihm daher erst von Kenntniß der Sachlage an.

25) Präjudiz des Obertribunals 752.

26) Vgl. oben § 217 Anm. 5.

1) l. 17 § 1 D. de a. vel. o. h. 29, 2. Um dem Mißbrauch dieses Rechtes zum Nachtheil der Legatare zu steuern, hatte der Prätor das Edikt aufgestellt: si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem Tit. Dig. 29, 4.

2) L. R. I, 9 § 401. Eine unter solchem Vorbehalt erklärte Entsagung wäre, da die Entsagung vorbehaltlos geschehen muß, nichtig. Geschah die Entsagung der Erbfolge aus dem Testamente in der stillschweigenden Absicht, die Erbschaft als gesetzlicher Erbe zu nehmen, so ist ein solcher nicht ausgesprochener Vorbehalt wirkungslos, die Entsagung vernichtet daher das Erbrecht trotz desselben durchaus, Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 115.

3) Der überlebende Ehegatte hat z. B. in der Mark das Wahlrecht, ob er die Erbschaft aus dem Testament antreten oder das statutarische Erbtheil in Anspruch nehmen, d. h. die Hälfte des gesammten Vermögens unter Einwerfung des eigenen beanspruchen will. Näheres siehe unten § 224 Ziff. 10.

4) L. R. I, 9 § 405.

nicht im Gefolge. Sie zieht namentlich auch nicht den Verlust von Vorvermächtnissen nach sich.[5]

3. In Folge der rechtsgültigen Entsagung gilt die Erbschaft als dem Entsagenden nicht erworben. Die etwa konfundirten Rechte zwischen Erben und Erblasser leben daher wieder auf.[6] Da der Entsagende weder Rechte noch Pflichten als Erbe hat, so kann er von den Erbschaftsgläubigern nicht als Schuldner in Anspruch genommen werden.

Bestritten ist, wer den Beweis der Rechtzeitigkeit der Entsagung zu führen hat. Von der einen Seite wird dem Gläubiger die Beweislast der Behauptung aufgelegt, daß der Erbe früher Kenntniß vom Anfall hatte, als er seinerseits zugiebt. Denn für die Kenntniß des Erben vom Anfall bestehe, führt man aus, keine Vermuthung.[7] Richtiger Ansicht entspricht dies nicht. Es ist Sache des Erben, darzuthun, daß er rechtzeitig entsagt habe, da er an sich mit dem Anfall Erbe wird. Ein Bestandtheil dieses Nachweises aber ist, daß er von dem behaupteten Zeitpunkt ab und nicht früher Kenntniß vom Anfall gehabt habe. Hiermit kommt man auch dem praktischen Bedürfniß entgegen, da der Erbe leicht über die eigene Kenntniß oder Unkenntniß Licht verbreiten kann, während der Gläubiger dies nur unvollkommen vermag.[8]

4. Verschieden von der bisher besprochenen einseitigen Entsagung ist die Entsagung des Erben durch Vertrag zu Gunsten eines Miterben oder nachstehender in zweiter Linie berufener Erben. Ein solcher Vertrag ist rechtsgültig, auch wenn er außergerichtlich, durch mittelbare Erklärung und nach Ablauf der Entsagungsfrist geschlossen wird. Denn er enthält eine Veräußerung der Erbschaft; wenn er entgeltlich ist, einen Erbschaftskauf.[8a] Ist die Entsagungsfrist noch nicht abgelaufen, so liegt in demselben regelmäßig zugleich das Versprechen, in gehöriger Form gerichtlich zu Gunsten der Mitvertragschließenden zu entsagen. Für Dritte, insbesondere die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer, ist aber nur die in gehöriger Form gerichtlich erklärte einseitige Entsagung des Erben während der Ueberlegungsfrist rechtsverbindlich.[9]

---

5) L. R. I, 9 § 403, l. 17 § 1, l. 18, l. 87 D. de leg. I, l. 12 C. de leg. 6, 37.

6) L. R. I, 9 § 403.

7) Hierfür hat sich das R. O. H. G. Bd. 2 S. 232 entschieden, welches ausführt, daß es dann, wenn sich der angebliche Erbe auf Entsagung berufe, zum Beweise genügen müsse, daß er den Tag der erlangten Kenntniß angebe und seine rechtzeitige, formell tadellose Entsagungserklärung nach dieser Zeitangabe nachweise, vorbehaltlich natürlich des dem Gläubiger offenstehenden Beweises der früheren Kenntniß des Erben.

8) Entsch. des O. Trib. Bd. 82 S. 7 ff., Striethorst Archiv Bd. 100 S. 49 ist dieselbe Ansicht ausgeführt. Vgl. oben § 45 bei Anm. 25.

8a) Kam. Ger. Bd. 4 S. 232.

9) Eine verwandte Frage berührt Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 111. Vgl. noch unten § 229 Anm. 12.

Drittes Kapitel.

Der Erwerb unter Vorbehalt.

§ 221. Einleitung.[1]

I. Nach den Grundsätzen des römischen Rechtes vollzog sich mit dem Erbschaftserwerb eine vollkommene Konfusion des Nachlasses und des eigenen Vermögens des Erben. In Folge dessen stand der Erbe mit dem eigenen Vermögen unbeschränkt für die Erbschaftsschulden ein.[2] Es war eine dem System zuwiderlaufende Ausnahme, daß nach justinianischer Bestimmung der Erbe, welcher in eigener Person rechtzeitig ein genaues Inventar über den Nachlaß begann und vollendete, nur bis zu dessen Betrag für die Nachlaßschulden verpflichtet wurde.[3]

Dem älteren deutschen Recht hingegen war eine Verhaftung des Erben für Erbschaftsschulden mit dem eigenen Vermögen grundsätzlich fremd, vielmehr gingen die Nachlaßsachen mit der Verpflichtung, aus ihnen die Schulden des Erblassers zu bezahlen, auf den Erben über, mit seiner Person stand er für die ererbten Schulden nicht ein.[4] Nach der Reception des römischen Rechtes betrachtete man hiernach die persönliche Verhaftung des Erben, welcher die Inventarerrichtung versäumt hatte, vielfach als Folge und gleichsam als Strafe des Versäumens der gesetzlichen Vorschrift, während die Beschränkung der Verpflichtung auf Entrichtung aus dem Nachlaß als das Normale und Natürliche galt. Dies war auch die Auffassung der Naturrechtslehrer des vorigen Jahrhunderts.[5]

II. Das Landrecht gründet sich in der deutschrechtlichen Auffassung. Durch die romanistische Einkleidung seiner Rechtssätze, welche Folge der Doktrin ist, darf man sich hierüber nicht täuschen lassen. Es ist namentlich kein Gewicht darauf zu legen, daß von einer Rechtswohlthat des Inventars, sowie von einem Antritt unter Vorbehalt im Gesetz die Rede ist.[6] Maßgebend ist die Gestaltung der Rechtssätze in ihrer Gesammtheit. Insbesondere ist von

---

1) L. R. I, 9 § 420 ff. Gemeinrechtlich vgl. v. Buchholtz in Lindes Zeitschrift Bd. 10 S. 402 ff., Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 355 ff., Randa Erwerb der Erbschaft S. 104.

2) l. 8 pr. D. de a. vel. o. her. 29, 2.

3) l. 22 C. de jure deliberandi 6, 30.

4) Sachsenspiegel I, 6 § 2, oben § 97 Ziff. I, unten § 222 bei Anm. 5 und 6.

5) Daries inst. jurispr. nat. edit. 3. Jen. 1748 § 495 cor. III. In foro itaque naturali successio illa ultra vires hereditatis extendenda non est . . . rigor ergo juris romani, quo heres in omnes defuncti obligationes succedit est juris positivi. Vgl. noch weitere Schriftsteller bei Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 139 Anm. 3.

6) L. R. I, 9 §§ 413, 422. Dies ist der Hauptgrund der entgegengesetzten Meinung, Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 138, vgl. aber auch Eccius Bd. 4 § 270 Anm. 12.

Gewicht, daß der Erwerb unter Vorbehalt als das Regelmäßige stets da angenommen wird, wo eine andere Absicht nicht erklärt wurde, so daß dem Erben die Rechtswohlthat zukommt, wenn er innerhalb der Ueberlegungsfrist eine rechtsgültige Erklärung überhaupt nicht abgegeben hat, wie auch dann zusteht, wenn er ausdrücklich oder stillschweigend den Antritt erklärt, ohne auf den Vorbehalt gültig zu verzichten.[7]

Persönliche Haftung des Erben für die Nachlaßschulden bildet hiernach auch nach preußischem Rechte die Ausnahme. Sie hat ihren Grund entweder in dem ausdrücklich erklärten Willen des Erben oder in der Verdunkelung des Nachlaßbestandes, welche das Gesetz als die Folge der Nichterrichtung des Inventars ansieht. Es ergiebt sich hieraus, was auch in der Praxis nicht bezweifelt wird, daß das formgerechte Inventar, welches einer der Miterben über den Nachlaß errichtet hat, sämmtlichen Miterben zu Gute kommt. Denn die Gefahr einer Verdunkelung der Masse ist hiermit abgewendet, eine persönliche Handlung zur Erhaltung der Rechtswohlthat aber ist nicht, wie man dies wohl nach gemeinem Recht fordert,[8] geboten.[9] Ebenso muß es genügen, wenn das Inventar Seitens des Konkursverwalters[10] oder vom Nachlaßpfleger[11] oder vom Gericht ohne Veranlassung des Erben aufgenommen wurde.[12]

---

7) Vgl. auch Lassalle das Wesen des Römischen und Germanischen Erbrechtes S. 580 not. 2.

8) So führt Mühlenbruch a. a. O. Bd. 41 S. 398, S. 428 aus, daß der inventirende Miterbe alle Rechte habe, welche das Gesetz an das Inventar knüpft, dem nicht inventirenden komme dies nicht zu Statten.

9) L. R. I, 9 § 423 bestimmt: „Ein solcher Beneficialerbe muß aber auch ein vollständiges Inventarium über den Nachlaß aufnehmen und gerichtlich, allenfalls versiegelt, niederlegen.“ Hieraus entnimmt Eccius Bd. 4 § 270 Anm. 75 sich an den Wortlaut klammernd: „daß es nicht darauf ankomme, daß der Nachlaß in irgend einer Weise dem Bestande nach klargestellt worden ist, sondern darauf, daß der Erbe selbst seine Bestandtheile nach bestem Wissen aufgedeckt hat“! Doch haben die Verfasser des Landrechts, wie regelmäßig nur die nächstliegende Weise der Inventarerrichtung hervorgehoben. Daraus läßt sich nicht schließen, daß es ihnen nicht sowohl auf die „Zuverlässigkeit des Inventars,“ als auf die „eigene Thätigkeit des Erben“ angekommen sei. Die hieraus gezogene Folge, daß das von einem Miterben nur für sich eingebrachte Nachlaßinventar den andern Miterben nicht zu Gute komme, hat das R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 921 zurückgewiesen. Allerdings setzt das Gesetz vom 28. März 1879, betreffend die Zwangsvollstreckung gegen Vorbehalterben im § 2 voraus, daß von Miterben einige Vorbehalterben sind, andere nicht. Allein dies ist auch nach der hier vertretenen Ansicht möglich, da es zulässig ist, daß ein Miterbe der Rechtswohlthat entsagt hat. Vgl. auch unten § 222 bei Anm. 19.

10) Striethorst Archiv Bd. 69 S. 157.

11) Dagegen Eccius Bd. 4 § 270 Anm. 76.

12) Das früher bei Gericht behufs der Erbschaftssteuer eingereichte Inventar wahrte die Rechtswohlthat, Sommer in Ulrichs Archiv Bd. 15 S. 588; dagegen Koch zum § 423 des Titels. Das nach dem jetzigen Rechte der Steuerbehörde einzureichende Inventar entbehrt aber der nothwendigen Form der gerichtlichen Einreichung, reicht also zur Erhaltung der Wohlthat nicht aus; vgl. jedoch R. G. bei Gruchot Beitr. Bd. 24 S. 972.

Da es das Regelrechte ist, daß der Erbe für die Erbschaftsschulden bloß mit den Kräften des Nachlasses haftet, so kann der Erblasser den Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars nicht mit Rechtswirksamkeit letztwillig ausschließen, ebensowenig die Errichtung des Inventars rechtsgültig verbieten.[13]

III. Weil die Erbschaftsschulden auf dem Nachlaß ruhen, ist es folgerecht, daß ein falscher Erbe d. h. wer sich ohne Recht unredlicherweise in den Besitz einer fremden Erbschaft eindrängt, nicht nur den Erben, sondern auch Gläubigern und Legataren für allen durch sein Versehen entstandenen Schaden haftet.[14] Hat er sich den Verdacht der Treulosigkeit zugezogen oder den Nachlaß mit seinem Vermögen der Art vermischt, daß der Betrag des Nachlasses nicht zuverlässig ausgemittelt werden kann, so haftet er Gläubigern und Legataren als Selbstschuldner.[15]

§ 222. Die Wahrung des Vorbehaltes durch die Inventarerrichtung.

1. Die Beneficialeigenschaft ist zu wahren durch ein gehöriges und rechtzeitiges Inventar.[1] Dasselbe kann Privatinventar sein; gerichtliche Aufnahme hat aber auf Antrag eines Betheiligten stattzufinden, wie auch von Amtswegen dann, wenn das Gericht die Versiegelung des Nachlasses von Amtswegen vorgenommen hat und bei der Entsiegelung die Ursachen des Einschreitens noch nicht gehoben sind.[2] Die Errichtung des gerichtlichen Inventars fällt in den Amtskreis des Nachlaßrichters, mit der Ausführung kann er Gerichtsschreiber, Gerichtsvollzieher, Notare, Dorfgerichte und Magistrate betrauen,[3] ein vereideter Taxator ist zuzuziehen.

2. Das Inventar hat ein Verzeichniß aller zum Nachlaß gehörigen Vermögensstücke, soweit sie bei der Inventur ermittelbar waren, sowie eine Angabe des Werthes der einzelnen Stücke oder eine Beschreibung derselben,

13) Vgl. L. R. I, 12 § 644. Dies nehmen auch an Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 128, Eccius Bd. 4 § 270 Anm. 14. Für das gemeine Recht wird meist die gegentheilige Ansicht vertheidigt, Mühlenbruch bei Glück Bd. 41 S. 434, vgl. auch Roth bayer. Civilrecht Bd. 3 § 370 Anm. 3 S. 709.

14) L. R. I, 9 § 457 ff.

15) Vgl. Eccius Bd. 4 § 267 Anm. 3.

1) L. R. I, 9 § 423.

2) L. R. I, 9 §§ 436, 437. A. G. O. II, 5 § 40.

3) A. G. O. II, 5 § 43 ff. §§ 70, 74 des Ausführungsgesetzes vom 24. April 1878 zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetz. Den Erben oder Miterben oder, wenn sie unbekannt sind, den nächsten anwesenden Verwandten, eventuell dem Nachlaßpfleger ist von der Absicht der Errichtung Nachricht zu geben; für abwesende Erben, welche keinen Bevollmächtigten ernennen können, ist ein solcher von Amtswegen zu bestellen. So A. G. O. II, 5 § 45.

woraus ihr Werth beurtheilt werden kann, zu enthalten.[4] [5] Unverschuldete einzelne Ungenauigkeiten schaden dem Vorbehaltserben jedoch nicht.[6] Für gerichtliche Inventare hat die Gerichtsordnung ein Formular aufgestellt; auch Privatinventare sollen nach demselben aufgenommen werden.[7] Doch ist dies nicht, wie man vielfach behauptet hat, zu deren Gültigkeit erfordert, vielmehr genügt es, wenn sich aus ihren Angaben der Stand des Nachlasses und der Betrag desselben vollkommen ermitteln läßt.[8] Die Interessenten können eidliche Bekräftigung des Privatinventars verlangen. Auch gerichtliche Inventare hat der Erbe auf Erfordern eidlich zu bestärken, wenn keine Siegelung vorherging, oder wenn er dieselbe später als 24 Stunden nach Kenntniß des Todes des Erblassers nachsuchte.[9]

Eidesweigerung macht der Rechtswohlthat verlustig.[10]

3. Für die Wahrung des Vorbehaltes ist weiter erfordert Beobachtung der Frist von 6 Kalendermonaten seit Ablauf der gesetzlichen Ueberlegungsfrist. Privatinventare müssen innerhalb dieser Frist vollendet und bei Gericht eingereicht sein.[11] [12] Es genügt aber, daß bei Gericht der Antrag auf Er-

4) L. R. I, 9 §§ 434, 435. Nach L. R. I, 9 § 434 sollen auch die an den Nachlaß gemachten Ansprüche aufgenommen werden, ebenso verlangt A. G. O. II, 5 § 52, daß die auf dem Nachlaß haftenden Schulden soviel als möglich vollständig verzeichnet und in einem besonderen Titel dem Inventar angehängt werden. Unvollständigkeit und Ungenauigkeit in dieser Hinsicht kann jedoch nie zum Verlust der Rechtswohlthat führen. Dagegen freilich Eccius Bd. 4 § 270 Anm. 62, hart genug.

5) In das Inventar sind auch die eigenen Forderungen und Schulden des inventarisirenden Vorbehaltserben, nicht aber seine Konferenda aufzunehmen R. G. Bd. 24 S. 195, bei Gruchot Bd. 38 S. 1057.

6) R. G. Bd. 27 S. 291.

7) L. R. I, 9 § 438, vgl. A. G. O. II, 5 § 53 ff. und das dort beigedruckte Formular.

8) L. R. I, 9 § 439 fordert zur Gültigkeit eines Privatinventars nur, daß L. R. I, 9 §§ 434, 435 beachtet sind, somit keineswegs die Form, welche § 438 einschärft. Die formularmäßige Rubricirung gewährleistet auch Genauigkeit und Vollständigkeit nicht und diese kann ohne Beobachtung der Form vorhanden sein. So Plenarbeschluß des Obertribunals vom 28. Februar 1845, Entsch. Bd. 10 S. 273. Ebenso R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 973, Bd. 38 S. 1056, Eccius Bd. 4 § 270 Anm. 67. Koch hat sich hiermit nicht zufrieden gegeben, vgl. Kommentar zu § 439 d. Titels.

9) L. R. I, 9 §§ 440, 441. Die Verpflichtung der Eidesleistung trifft auch den Erben des Erben. Entsch. des O. Trib. Bd. 65 S. 402.

10) Entsch. d. O. Trib. Bd. 50 S. 444.

11) L. R. I, 9 § 423. Streitig ist, ob die Niederlegung des Inventars nothwendig beim Nachlaßgericht erfolgen muß. Unzweifelhaft ist dies als das Regelmäßige zu erachten, deshalb wollen die meisten Schriftsteller, daß auch nur eine derartige Hinterlegung dem Inventar Kraft gebe. So Koch zu L. R. I, 9 § 423, Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 148, Eccius Bd. 4 § 270. Allein da das Gesetz nicht ausdrücklich die Niederlegung beim Erbschaftsgericht fordert und da der Hauptzweck der Hinterlegung des Inventars, dessen Unversehrtheit und Echtheit zu gewährleisten auch durch Hinterlegung bei einem anderen als dem Nachlaßgericht erreicht wird, so ist die entgegengesetzte Ansicht die richtige. So auch Bornemann Bd. 6 S. 304, Reskript vom 8. Mai 1816 in Kamptz Jahrb. Bd. 7 S. 182.

richtung des Inventars innerhalb der Frist gestellt ist, ohne Rücksicht darauf, wann das Gericht demselben nachkommt, da der Erbe für die Thätigkeit der Behörde nicht verantwortlich sein kann.[13] Stirbt der Beneficialerbe innerhalb der Frist, so läuft seinem Erben wiederum die volle Frist.[14] Die Frist kann nicht beginnen, so lange dem Erben der Besitz der Erbschaft vorenthalten wird, sei es von einer Behörde, sei es von einem Erbschaftsprätendenten.[15]

Auf Antrag des Erben kann die gesetzliche Frist für die Inventarerrichtung vom Nachlaßrichter verlängert,[16] auf Antrag eines Gläubigers oder Legatars verkürzt werden.[17]

4. Bevormundeten Personen läuft die Frist erst von da an, wo ihre Bevormundung erlischt, da ihnen die Unthätigkeit ihres Vormundes in dieser Hinsicht nicht schaden kann.[18] — Natürlich ist aber erforderlich, daß thatsächlich bei Beendigung der Bevormundung die Inventarisirung noch möglich ist, sonst geht die Rechtswohlthat verloren. Den unbevormundeten Miterben des Mündels kommt dessen Ausnahmestellung nicht zu Gute.[19] Anderen Personen, welche unter einer Vertretung stehen, ist das Recht der Mündel nicht gegeben,[20] insbesondere nicht den minderjährigen Hauskindern,[21] abgesehen natürlich von ihrem freien Vermögen, bezüglich dessen sie die Rechte der Mündel haben, auch wenn ihr Vater hinsichtlich desselben ihr Pfleger ist.[22] Auch

12) L. R. I, 9 § 424, R. G. Bd. 27 S. 285. Die justinianische Verordnung — l. 22 C. de jure deliberandi 6, 30 — verlangt bekanntlich Beginn des Inventars innerhalb eines Monates nach Kenntniß der Berufung und Vollendung innerhalb zweier weiterer Monate; im Fall der Abwesenheit vom Ort, an welchem sich die Mehrheit der Erbschaftssachen befand, sollte ein Jahr vom Todestag ab gewährt sein.

13) So Entsch. des O. Trib. Bd. 15 S. 108. Verschulden jedoch die Erben, daß das Inventar nicht rechtzeitig und vollständig gerichtlich aufgenommen wurde, so gehen sie der Rechtswohlthat verlustig, Striethorst Archiv Bd. 92 S. 304.

14) So das O. Trib. bei Behrend Zeitschrift Bd. 4 S. 531.

15) Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 151. Jedenfalls kann sich, wer selbst im Besitz war und dem Erben die Materialien zur Anfertigung nicht zur Hand gab, nicht auf den Verlust der Beneficialeigenschaft berufen, Striethorst Archiv Bd. 16 S. 24.

16) L. R. I, 9 § 425.

17) L. R. I, 9 § 426. Koch bemerkt hierzu: man setzt meistens, ohne den Anderen zu hören, oder etwa nach Zufertigung des Antrages zur Gegenerklärung den verlängerten oder verkürzten Termin durch ein Dekret fest, gegen welches Beschwerde offen steht. Eccius Bd. 4 § 270 bei Anm. 61 verlangt dagegen, daß über den Antrag „processualisch" verhandelt werde. Das heißt die Bestimmung des Gesetzes, welche bei richtiger Handhabung sehr zweckmäßig sein kann, unanwendbar machen.

18) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 50, L. R. I, 9 § 430. Dernburg V. R. § 72. Daß die Frist nach der erreichten Großjährigkeit zu laufen beginnt, darüber vgl. Präj. des O. Trib. 1930.

19) So Koch zu L. R. I, 9 § 431.

20) L. R. I, 9 § 432.

21) Entsch. des O. Trib. Bd. 23 S. 63; vgl. oben § 55 Anm. 18.

22) L. R. II, 2 § 159, oben § 54 Ziff. 3.

Kirchengesellschaften und andere Korporationen haben jene Vergünstigung der Mündel nicht.[23]

5. Versäumung der Frist zieht den Verlust der Rechtswohlthat, also die Haftung des Erben mit dem eigenen Vermögen nach sich.[24] Dies gilt selbstverständlich auch dann, wenn es an jedem Nachlaß fehlte.[25] Denn dessen Stand kann eben nach dem Willen des Gesetzgebers nur durch Aufnahme eines Inventars festgestellt werden,[26] welches in solchem Falle freilich nur Verneinungen enthalten könnte. Der Verlust der Rechtswohlthat durch Nichterrichtung eines Inventars bezieht sich in der Regel nur auf das Verhältniß des Erben zu dritten Personen. Ein Miterbe kann sich, wenn die Errichtung versäumt ist, bei Geltendmachung einer Forderung, die ihm gegen den Erblasser zustand, oder eines Vorvermächtnisses auf die Nichterrichtung des Inventars, falls auch ihn eine Schuld an derselben trifft, nicht zu dem Zweck berufen, um von seinen Miterben Zahlung über die Kräfte des Nachlasses hinaus zu beanspruchen.[27]

§ 223. Die Wirkungen der Beneficialeigenschaft. Allgemeines.[1]

I. Der Schöpfer des römischen beneficium inventarii, Justinian, hatte bei demselben ausschließlich das Interesse der Erben im Auge. Der Erbe sollte, wenn er rechtzeitig das Inventar verfertige und sich den Anforderungen des Gesetzgebers füge, keinen Nachtheil aus dem Erbschaftsantritt erleiden.[2] Deshalb erhielt er das Privilegium, nicht weiter als zum Betrag des Nachlasses den Erbschaftsgläubigern zu haften[3] und die eigenen Forderungen wie

---

23) Entsch. des O. Trib. Bd. 48 S. 43.

24) L. R. I, 9 § 427, vgl. §§ 418, 419. Aeltere Anfechtungen dieses Satzes sind ohne Grund, und nicht zu berücksichtigen, vgl. Schering Archiv Bd. 1 S. 418.

25) Entsch. des O. Trib. Bd. 1 S. 304, Ulrichs Archiv Bd. 9 S. 213. Nach Koch schlesisches Archiv Bd. 6 S. 173 hat ein Plenarbeschluß des Oberappellationsgerichts des Königreichs Bayern vom 4. December 1844 das Gegentheil angenommen. Roth bayerisches Civilrecht Bd. 3 § 370 Anm. 36 gedenkt dieses Beschlusses nicht mehr.

26) L. R. I, 9 § 427.

27) Entsch. des O. Trib. Bd. 11 S. 287, Bd. 25 S. 471, Bd. 77 S. 12; vgl. oben § 137 Anm. 8.

1) L. R. I, 9 § 443 ff. Gruchot Beiträge Bd. 1 S. 169 ff. „Ueber das Rechtsverhältniß des Beneficialerben in Beziehung auf die Erbschaftsgläubiger."

2) l. 22 § 4 C. de jure deliberandi 6, 30: . . hereditatem sine periculo habeant . . . et nihil ex sua substantia penitus amittant, ne dum lucrum facere sperant in damnum incidant.

3) Oben § 221 bei Anm. 3. Nach justinianischem Recht bewirkt das Inventar, daß die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer auf den Betrag des Nachlasses beschränkt werden, nicht, daß sie ihre Befriedigung aus dem Nachlaß suchen müssen. Der Erbe haftet also für die Erbschaftsschulden persönlich mit seinem ganzen Vermögen, aber nur bis zum Betrag der Substanz des Nachlasses. Hierüber kann ein gegründeter Zweifel nicht bestehen, vgl. l. 22 § 4 C. cit. . . ut in tantum hereditariis creditoribus teneantur, in quantum res substantiae ad eos devolutae valeant. So

ein dritter Gläubiger, als nicht konfundirt, aus dem Nachlaß einzuziehen.[4] Es lag Justinian fern, die Konfusion der Vermögensmassen überhaupt zu suspendiren, und namentlich dies im Interesse der Erbschaftsgläubiger zu thun. Diesen stand seit Alters nach prätorischem Recht bei Insolvenz des Erben, falls ihnen die aus der Konfusion erwachsende Konkurrenz mit den Gläubigern des Erben nachtheilig war, das beneficium separationis offen, auf Grund dessen sie ihre vorzugsweise Befriedigung aus dem Nachlaß erhielten und insoweit die eingetretene Vereinigung der Massen beseitigten; das beneficium inventarii war zu ihrem Schutz nicht bestimmt. Daher durfte der Beneficialerbe die Erbschaftsgläubiger ohne Rücksicht auf ihre Priorität befriedigen, bis der Betrag des Nachlasses erschöpft war, und nirgends findet sich eine Spur des Gedankens, daß ein solcher Erbe die Masse für die Erbschaftsgläubiger zu verwalten oder ihnen Rechnung zu legen haben oder zu ihren Gunsten eingeschränkt sei. Freilich ist das justinianische Gesetz wenig durchdacht und daher in wichtigen Beziehungen dunkel. Insbesondere gilt dies für die Frage, nach welchem Zeitpunkt die Höhe des Nachlasses, bis zu welcher der Erbe haften soll, zu bestimmen, und wie dieser Betrag festzustellen ist.

Die Ausbildung in der deutschen Praxis geschah unter dem Einfluß älterer deutschrechtlicher Auffassungen. Man nahm an, daß die Erbschaftsgläubiger nur ein Recht darauf hätten, vom Beneficialerben aus dem Nachlaß befriedigt zu werden, so daß dieser als Realschuldner mit dem Vermögen des Erblassers, nicht mit seiner Person einstand.[5] Damit erhielt das Verhältniß eine von der römischen sehr verschiedene Gestalt. Ist es nicht mehr die Person des Erben, welche, wenn auch in beschränkter Höhe, für die Erbschaftsschulden verhaftet wird, ruhen vielmehr die Schulden auf dem Nachlaß, so muß das Recht dafür sorgen, daß derselbe den Gläubigern erhalten und in erster Linie ihrer Befriedigung gewidmet werde.[6] Sehr häufig geschah dies in

---

auch Windscheid Bd. 3 § 606 Anm. 9. Man darf nicht, wie Eccius Bd. 4 § 270 Anm. 95 thut, die im Eingang der Verordnung Justinians enthaltene Relation älterer Verordnungen zu Gunsten der Soldaten mit der Verfügung des justinianischen Gesetzes selbst identificiren.

4) l. 22 § 9 C. cit. Bezeichnend ist für die Auffassung, von der Justinian ausgeht, daß er nicht erwähnt, daß der Erbe was er dem Erblasser schulde, andererseits in die Nachlaßmasse zu rechnen hat. Doch ist dies die zweifellose Folge der Verordnung Justinians.

5) Vgl. oben Anm. 3. Der Begriff ist zwar nicht identisch mit dem von Meibom in Bekkers Jahrbuch Bd. 4 S. 442 ff. „über Realschulden und Reallasten" festgestellten. Aber die Verwandtschaft leuchtet ein.

6) Oben § 221 bei Anm. 4. Vielfach lasen dies ältere Praktiker aus den römischen Quellen heraus, z. B.: Mevii decis. I c. 40: Inventarii beneficium bona heredis et defuncti separare, qua creditores, ex constitutione Justinianea constat. Eique consentaneum est, ut heres a creditoribus conventus iis possit cedere hereditatem semel aditam et ea cessione semet ab ulterioribus actionibus liberare.

den gemeinrechtlichen Landen der Art, daß dann, wenn der Erbe dem Gericht den Erwerb unter dem Vorbehalt des Inventars erklärte, der Richter dessen Anfertigung, sowie die Befriedigung der Gläubiger und die Auseinandersetzung der Verlassenschaft von Amtswegen besorgte.[7] Wo man soweit nicht ging, erachtete man den Erben doch zugleich als Administrator für die Gläubiger und als Liquidator der Masse für dieselben.

II. Auf diesem Standpunkt steht das preußische Recht.[8] Das Eigenthumsrecht des Vorbehaltserben am Nachlaß ist nach demselben ein „eingeschränktes", denn es ruht auf ihm die Last der Befriedigung der Gläubiger und Legatare.[9] Jedoch war diese Einschränkung schärfer und drückender nach Landrecht als nach derzeitigem preußischem Recht. Nach Landrecht war der Vorbehaltserbe nicht befugt, über vererbte Grundstücke gültige Verfügungen zum Nachtheil der Erbschaftsgläubiger zu treffen, so lange er den Vorbehalt nicht aufgab, oder die Einwilligung der bekannten und die gerichtliche Ausschließung der unbekannten Gläubiger erlangt hatte. Es mußte daher bei Eintragung seines Besitztitels die Einschränkung, daß er nur als Beneficialerbe besitze, im Hypothekenbuch mitvermerkt werden.[10] Dies ist durch die Verordnung vom 28. März 1840, betreffend die Befugniß der Beneficialerben, verändert, indem dieselbe dem Beneficialerben das Recht beilegt, sofern ihm nicht auf Antrag der Gläubiger oder Legatare vom Richter Schranken gesetzt sind, über die zum Nachlaß gehörenden Grundstücke und Gerechtigkeiten, ebenso wie über die beweglichen Sachen, zu verfügen. Bei der Berichtigung des Besitztitels soll daher die Eigenschaft als Beneficialerbe nicht weiter vermerkt werden. Hiermit wurde zweckmäßiger Weise die Ermächtigung des Erben zur Verfügung über die Nachlaßsachen erweitert, der Grundgedanke aber nicht angetastet.[11] Die Nachlaßgläubiger haben nur ein Recht auf Befriedigung aus dem Nachlaß,[12] dieser ist aber auch für sie zu verwalten,

---

7) Seuffert praktisches Pandektenrecht Bd. 3 § 572 Anm. 18 S. 242.

8) So u. A. das Erbschaftsedikt von 1765 Abth. 1 § 10 verb. „und die Auspfändungen geschehen in das nachgelassene Vermögen." n. c. c. vol. III S. 698.

9) L. R. I, 9 § 443.

10) Das Nähere verfügt L. R. I, 9 §§ 447—451.

11) L. R. I, 9 § 443 ist grundsätzlich nicht aufgehoben, vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 416. Förster Bd. 4 § 270 Anm. 27 sieht in demselben einen falschen theoretischen Satz, da sich die Einschränkung nur noch auf die den Gläubigern abzulegende Rechenschaft beschränke, dies sei mindestens seit der Verordnung vom 28. März 1840 der Fall. Das Recht des Beneficialerben an dem Nachlaß kann aber noch jetzt im Fall der Gefährdung der Nachlaßgläubiger jederzeit vom Richter zu deren Gunsten eingeschränkt werden — vgl. unten § 224 Anm. 17 — und ist, eben weil ihm diese Eigenthümlichkeit innewohnt, kein vollkommen freies.

12) Vgl. L. R. I, 12 § 345. A. G. O. I, 51 §§ 57, 59. Gruchot Beiträge Bd. 1 S. 169 hat versucht, auch für das preußische Recht die justinianische Konstruktion — oben Anm. 3 — zu begründen, wonach der Beneficialerbe persönlich bis zu dem durch das

der Vorbehaltserbe handelt also nicht bloß für sich, vielmehr amtirt er zugleich als Verwalter der Gläubiger.[13]

§ 224. Fortsetzung. Das Einzelne.

1. Vorbehaltserben haben alle Rechte eines Erben. Sie werden Eigenthümer der Erbschaftssachen, Gläubiger der Erbschaftsforderungen. Es ist ihnen daher nicht verwehrt, die Erbschaftssachen selbst für sich zu gebrauchen, z. B. in dem Hause des Erblassers zu wohnen, dessen Mobilien zu benutzen. Der Masse haben sie hierfür nur dann etwas in Rechnung zu stellen, wenn die Nutzung das gewöhnliche und den Verhältnissen entsprechende Maß überschritt, oder wenn ordentlicherweise zu gewinnende Einnahmen durch dieselbe der Masse entgingen oder sonstige Einbußen für diese entstanden. Auch zur Veräußerung und dinglichen Belastung der Nachlaßbestandtheile sind die Vorbehaltserben befugt. In dieser Hinsicht sind ihre Rechte sogar weitergehende als die des gewöhnlichen Erben, da sie zum Antrag auf nothwendige Subhastation befugt sind und hierbei beantragen dürfen, Zahlung des ganzen Kaufgeldes zur Kaufbedingung zu machen, so daß alle eingetragenen

---

Inventar festgestellten Betrag des Aktivnachlasses haftet. Hiervon ist er jedoch in seinem Erbrecht Bd. 1 S. 183 ff. zurückgekommen. Auch das Obertribunal hat Entsch. Bd. 66 S. 70 ausgeführt, daß der Beneficialerbe nur mit dem Nachlaß einsteht, und daher auch für die Regel verneint, daß zur Sicherheit einer gegen den Beneficialerben erkenntnißmäßig festgestellten Nachlaßschuld im Wege der Exekution eine Eintragung auf den dem Beneficialerben eigenthümlich gehörenden Grundstücken erfolgen könne. Nach der Verordnung vom 4. März 1834 § 2 und der Entwickelung des Institutes im preußischen Recht — vgl. oben Anm. 8 — kann dies in der That nicht zweifelhaft sein. Die Motive zum Entwurf der Reichscivilprozeßordnung § 614, jetzt § 696, nehmen zwar allgemein, also auch für das preußische Recht an, daß der Erbe nicht bloß mit dem Nachlaß, sondern „auf Höhe desselben" verhaftet ist, und in den Motiven zum preußischen Gesetz, betreffend die Zwangsvollstreckung gegen Beneficialerben vom 28. März 1879 § 10, wird sogar bemerkt, „die Fassung sei gewählt, um unzweideutig zum Ausdruck zu bringen, daß der Erbe auch den ausgeschlossenen Gläubigern nicht bloß mit den Nachlaßgegenständen selbst, sondern bis zum Belaufe des Nachlasses auch mit seinem eigenen Vermögen verhaftet ist." Mit derartigen Motiven läßt sich jedoch ein tiefgewurzelter Rechtsgrundsatz nicht umstoßen. Zudem ist das so vorgeschlagene Recht von problematischem Werth. Man gedenkt, das bisherige Recht im Interesse der Gläubiger umzubilden, denen die Zwangsvollstreckung bis auf Höhe des Nachlasses in das eigene Vermögen des Erben offen stehen soll, man bedenkt aber nicht, daß man hiermit unabsehbaren Streitigkeiten über den Betrag des Nachlasses den Weg eröffnet. Soll für dessen Berechnung der Augenblick des Todes des Erblassers maßgebend sein, so daß von da ab dem Erben allein die Vermehrung der Masse zu Gute kommt und die Verminderung schadet, oder welcher andere Zeitpunkt soll hierüber entscheiden? Soll der Gläubiger an die Schätzung, die bei Aufnahme des Inventars zugefügt ist, gebunden sein? Diese und andere Fragen blieben offen, wenn man eine Gesetzgebung, die sich in Motiven der Entwürfe versteckt, anerkennen wollte. Für die hier vertretene Ansicht hat sich das R. G. Bd. 8 S. 268 entschieden, vgl. auch ebendaselbst S. 276 und dazu Küntzel bei Gruchot Bd. 28 S. 277.

13) Vgl. L. R. I, 9 § 444, unten § 224 Anm. 16.

Hypotheken fällig werden.[1] Diese Anträge kann auch ein einzelner von mehreren Beneficialerben stellen.[2 3] Verzichte der Vorbehaltserben auf Ansprüche des Nachlasses, Anerkenntnisse, Vergleiche, Kompromisse derselben sind gültig. Die Klagen gegen die Erbschaftsschuldner stehen ihnen ausschließlich zu; sie allein sind gegenüber den Erbschaftsgläubigern passiv zur Klage legitimirt.

2. Als Vorbehaltserben haften sie für die Erbschaftsschulden und die Legate nur, soweit sie Nachlaßgegenstände besitzen. Die Nachlaßgläubiger können in Anspruch nehmen diejenigen Gegenstände, welche der Erblasser hinterließ, wie deren Erweiterungen durch Früchte, Accessionen und durch sonstige Ereig-

---

1) Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 180 Abs. 2 Ziff. 1, §§ 182, 184 und oben Bd. 1 § 291 Ziff. 5 z. Anf. und bei Anm. 19. Vorbehaltserben — sowie der Nachlaßpfleger, oben § 216 Anm. 26 — sind befugt, die nothwendige Subhastation in doppelter Weise zu betreiben. Sie sind zum Antrag befugt, daß die baare Zahlung des ganzen Kaufgeldes zur Kaufbedingung gemacht werde, so daß alle eingetragenen Hypotheken fällig werden. Sie können aber auch diesen Antrag unterlassen, dann bildet die Summe sämmtlicher eingetragener Hypotheken das geringste Gebot. Es gelten dann aber nachfolgende besondere Sätze: Wird wegen Mangels eines genügenden Gebotes der Zuschlag nicht ertheilt, so haben die bei Feststellung des geringsten Gebotes berücksichtigten Realberechtigten keinen Anspruch auf Befriedigung aus dem übrigen Nachlaß. Um diese Folge abzuwenden können sie, wenn ihre Ansprüche vom Erben oder vom Nachlaßpfleger anerkannt werden, gleich als wenn die Ansprüche vollstreckbar und sie der Subhastation beigetreten wären, beantragen, daß bei der Feststellung des geringsten Gebotes nur diejenigen Ansprüche berücksichtigt werden, die ihnen vorangehen. Ihre Ausschließung von der Nachlaßmasse tritt nicht ein, wenn ihr Antrag durch die Nichtanerkennung ihrer Forderung Seitens des Erben oder Nachlaßpflegers vereitelt ist. Sie tritt auch nicht ein, wenn das Subhastationspatent nicht anzeigte, daß es sich um eine auf Antrag des Beneficialerben oder des Nachlaßpflegers erfolgende Subhastation handelt. Diese Bestimmungen haben ihren Grund darin, daß diese Subhastation den Zweck verfolgt, festzustellen, welche Ansprüche von den absonderungsberechtigten Gläubigern gegen die der gemeinsamen Befriedigung unterliegende Nachlaßmasse erhoben werden können. Zu diesem Zweck werden die hypothekarischen Gläubiger, so weit thunlich, in die Alternative versetzt, entweder sich mit ihrer Hypothek zu begnügen, oder mittels Betreibung baarer Befriedigung aus dem Pfand die Höhe des Betrages zur Feststellung zu bringen, mit welchem sie aus demselben nicht gedeckt werden und mit welchem sie an der gemeinen Nachlaßmasse Theil nehmen.

2) Das Gesetz vom 28. März 1840 § 4 bestimmt ausdrücklich, „daß die nothwendige Subhastation zum Nachlaß gehöriger Grundstücke auf den Antrag eines jeden Beneficialerben mit voller Wirkung stattfindet." Dies ist durch die späteren Subhastationsordnungen nicht geändert. Das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien § 180 Abs. 2 Ziff. 1 spricht zwar nur von dem Antrag des „Beneficialerben", will jedoch damit nicht verneinen, daß jeder der Beneficialerben zum Antrag berechtigt ist, wie denn auch die Motive zu § 181 des Regierungsentwurfes auf § 4 des Gesetzes vom 28. März 1840 Bezug nehmen. Selbstverständlich hat die Subhastation, welche ein Miterbe als „Beneficialerbe" beantragt, ein ganz anderes Wesen als diejenige, welche er als Miterbe behufs der Auseinandersetzung mit den Miterben beantragt, oben Bd. 1 § 224 Buchst. a.

3) Der Vorbehaltserbe darf für eigene Rechnung bei der Subhastation ansteigern. Da er in anderer Eigenschaft Eigenthum erwirbt, als er die Subhastation beantragt, so ist anzunehmen, daß von ihm die besondere Sicherheit nicht verlangt werden kann, welche das Gesetz vom 13. Juli 1883 über die Zwangsvollstreckung in Immobilien § 62 Abs. 3 fordert.

nisse, endlich auch was der Erbe selbst aus den Mitteln des Nachlasses für den Nachlaß erwarb.[4] Zufällige Verminderungen der Masse treffen die Nachlaßgläubiger, wie ihnen Vermehrungen derselben zu Gute kommen.[5] Hat aber der Erbe Bestandtheile des Nachlasses für sich verwendet, insbesondere Nachlaßgelder mit seinem Vermögen vermengt, seien dies nun vorgefundene oder später eingehende, wie Zinsen oder für Nachlaßsachen erlöste Kaufgelder, so gehört die bezügliche Summe dem Betrage des Nachlasses an, so daß der Vorbehaltserbe dann bis zur Höhe des Uebernommenen den Nachlaßgläubigern persönlich haftet. Auch im Fall zurechenbarer Verschuldung bei Verwaltung der Masse wird er zum Ersatz der entsprechenden Summe persönlich haftbar.

3. Wenn auch die Zwangsvollstreckung der Nachlaßgläubiger grundsätzlich nur in die Nachlaßgegenstände und auf die bezeichneten Beträge zulässig ist, so bestanden doch im früheren Rechte Preußens über die Weise der Verwirklichung dieses Grundsatzes Streitfragen. Es war namentlich bestritten, ob dem Gläubiger, welcher die Verurtheilung eines Erben wegen einer Nachlaßschuld erlangt hatte, noch in der Exekutionsinstanz als neuer Einwand entgegengestellt werden könne, daß der Verurtheilte Vorbehaltserbe sei, oder ob dieser Einwand im Hauptprozeß bereits vorgebracht oder wenigstens vorbehalten sein müsse. Für Ersteres ließ sich anführen, daß nach preußischem Recht die Beneficialeigenschaft die Regel und nicht die Ausnahme bildet.[6] Für Letzteres aber sprechen Nützlichkeitsgründe, und es bestimmt hiernach das Reichsrecht, daß der als Erbe des Schuldners verurtheilte Beklagte die Rechtswohlthat des Inventars nur geltend machen kann, wenn ihm dieselbe im Urtheil vorbehalten ist.[7] Es muß also der Erbe bereits gegenüber der Hauptklage die Anerkennung der

---

4) Die auf Grund des Aufgebotsverfahrens zurückgesetzten Gläubiger haben jedoch nach § 10 des Gesetzes vom 28. März 1879 — unten § 225 bei Anm. 12 — nur Anspruch auf Befriedigung aus dem Nachlaß selbst, nicht aber aus den nach dem Tode des Erblassers gezogenen Nutzungen.

5) Unrichtig ist es, wenn Förster 3. Aufl. Bd. 4 § 270 Anm. 38 S. 283 behauptet, da der Vorbehaltserbe mit dem Betrag des erhaltenen Erbtheils hafte, § 134 I, 17, so folge, daß auf spätere, d. h. nach dem Erwerb eingetretene Verluste keine Rücksicht genommen werden könne, vgl. freilich ebendaselbst Anm. 44.

6) Diese Gründe sind hervorgehoben in dem Plenarbeschluß des Kammergerichts, über welchen Ulrichs Archiv Bd. 15 S. 62 berichtet.

7) R. C. P. O. § 695. Der vom Erbschaftsgläubiger belangte Erbe hat nur den Antrag darauf zu stellen, den Vorbehalt einzufügen, es ist aber nicht nöthig, daß der Antrag im Prozeß über die Hauptsache zur Erörterung und Entscheidung gebracht wird. War schon der Erblasser rechtskräftig verurtheilt und wird gegen den Erben die Vollstreckungsklausel ertheilt, so steht Letzterem der Einwand der Rechtswohlthat ohne Weiteres offen, siehe R. C. P. O. § 696. Vgl. aber auch Eccius Bd. 4 § 270 Anm. 85.

Beneficialeigenschaft erstreiten oder wenigstens die Einfügung eines Vorbehaltes im Urtheil beantragen und erwirken, widrigenfalls er mit jener Einwendung in der Zwangsvollstreckung ausgeschlossen ist. Nicht weniger war fraglich, ob den Nachlaßgläubigern, welche gegen einen anerkannten Vorbehaltserben die Zwangsvollstreckung betreiben, von vornherein nur frei stehe, die Nachlaßgegenstände zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung zu machen, wie sie sich aus dem Inventar und späteren Verhandlungen, insbesondere über den Offenbarungseid ergeben, oder ob es ihnen gestattet sei, zunächst sämmtliche im Gewahrsam des Erben befindlichen Vermögensobjekte zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung zu machen, vorbehaltlich des Rechtes der Erben, die Nachlaßgläubiger mittels Einwendung auf die Nachlaßsachen zu verweisen. Offenbar ist die erstere Ansicht die folgerechte, aber auch hier hat im Interesse der Gläubiger und aus Nützlichkeitsgründen das Reichsrecht die zweite Auffassung angenommen.[8]

4. Der Vorbehaltserbe ist befugt, nothwendige Auslagen vom Nachlaß in Abzug zu bringen. Dieser hat sich eben um deren Betrag gemindert.[9] Es gehören hierher diejenigen Auslagen, deren oben bezüglich der Bemessung des Pflichttheiles als Masseschulden gedacht wurde;[10] es kommen aber hinzu diejenigen, welche durch die Fortsetzung der Verwaltung nothwendig werden, wie

8) R.C.P.O. § 696 Abs. 1. „Bei der Zwangsvollstreckung gegen einen Schuldner, welcher als Beneficialerbe oder als Erbe unter Vorbehalt der Rechtswohlthat des Inventars verurtheilt ist, oder gegen welchen als Erben des verurtheilten Schuldners die Zwangsvollstreckung begonnen hat, bleibt die Rechtswohlthat unberücksichtigt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben Einwendungen erhoben werden." Dies gilt auch dann, wenn die Verurtheilung „zur Zahlung aus dem Nachlasse" erfolgte; denn hiermit ist Verurtheilung als Beneficialerbe gemeint, R. G. Bd. 8 S. 273. Die Einwendung ist nach § 686 Abs. 3 der R. C. P. O. durch Klage beim Prozeßgericht erster Instanz geltend zu machen. In welcher Weise ist diese Klage zu begründen? Genügt Behauptung und Nachweis, daß die durch die Zwangsvollstreckung in Anspruch genommene Sache nicht zu den Nachlaßsachen gehört? Das R. G. Bd. 8 S. 272 legt dem Beklagten auch auf, darzuthun, daß er die ihm als Beneficialerben obliegenden Verpflichtungen zur Verwaltung und Liquidirung des Nachlasses und zur Berichtigung der Nachlaßschulden erfüllt hat. Denn er ist nach L. R. I, 9 § 444 den Erbschaftsgläubigern Rechenschaft schuldig, wenn er sich der Rechtswohlthat des Inventars bedienen will. Ergiebt sich aus dieser Rechenschaft, daß ihm bei der Verwaltung ein grobes oder mäßiges Versehen zur Last fällt, so haftet er in entsprechendem Maße persönlich. Ergiebt sich dies nicht, so ist seine Einwendung begründet. Die Klage aus § 686 der R. C. P. O. bei dem Prozeßgericht erster Instanz ist nur solange zulässig, als die Zwangsvollstreckung noch nicht beendigt ist. R. G. Bd. 8 S. 270. Es steht dem Vorbehaltserben aber auch nachher eine condictio sine causa — im ordentlichen Gerichtsstand — zu, wenn sich der Nachlaßgläubiger aus seinem Vermögen ohne Rechtsgrund bereichert hat. Das R. G. Bd. 8 S. 271 läßt die Frage offen. — Die Anwendung von R. C. P. O. § 696 auf die Zwangsvollstreckung in Immobilien wahrt das Gesetz vom 4. März 1879 § 10, vgl. das Gesetz über die Zwangsvollstreckung in Immobilien vom 13. Juli 1883 § 71 Abs. 1 und 2.

9) Dies verkennt Eccius Bd. 4 § 270 Anm. 54.

10) Vgl. hierüber oben § 200 im Text nach Anm. 9.

namentlich für weiterlaufende Abgaben, und nothwendige Verwendungen auf die Masse.[11] Für seine Thätigkeit hat der Vorbehaltserbe auch dann nichts zu fordern, wenn für ihn nach Tilgung der Erbschaftsschulden nichts übrig bleiben sollte. Dies vorbehaltlich seiner Rechte gegen die Legatare auf billige Vergütung für seine Bemühungen und Versäumnisse.[12]

Vorbehaltserben haben die Nachlaßschulden in der Reihenfolge aus der übrigbleibenden Masse zu berichtigen, welche im Konkursfall Platz zu greifen hätte.[13] Gegen bevorrechtete, wie gleichberechtigte Gläubiger kann sich also der Vorbehaltserbe durch den Nachweis der Zahlung nachstehender oder gleichstehender Posten nicht schützen, sondern wird, so weit ihm eine Schuld zur Last fällt, für den Ausfall mit dem eigenen Vermögen verhaftet.[14]

11) Das Obertribunal hat angenommen, daß der Beneficialerbe, welcher auf die Erbschaftsgrundstücke aus eigenen Mitteln Verwendungen machte, dieselben auch bei der Subhastation jener Grundstücke als Massekosten liquidiren könne, Striethorst Archiv Bd. 16 S. 29. Man wird jetzt § 24 des Gesetzes vom 13. Juli 1883 — oben Bd. 1 § 346 Anm. 3 — entsprechend zu Gunsten des Beneficialerben anwenden, § 180 dieses Gesetzes.

12) Vgl. oben § 134 Anm. 8.

13) L. R. I, 9 § 452 ff., Ausführungsgesetz zur deutschen Konkursordnung vom 6. März 1879 §§ 8, 9. Das Obertribunal hat entschieden, daß nur den bevorrechteten Gläubigern das Recht zustehe, den Beneficialerben auf das durch die Befriedigung der minder bevorzugten Gläubiger dem Nachlaß entzogene Percipiendum persönlich in Anspruch zu nehmen; dem nicht mit einem Vorzugsrecht versehenen Gläubiger stehe ein solches Recht bei Erschöpfung des Nachlasses durch Befriedigung gleichberechtigter Gläubiger nicht zu. So u. A. Striethorst Archiv Bd. 54 S. 358, Bd. 57 S. 88. Hierfür auch Koch Erbrecht S. 1166 und Förster Bd. 4 § 270 Anm. 75 dritte Aufl. S. 288. Dagegen Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 191. Wir halten die Auffassung des letztgenannten Schriftstellers für die richtige; L. R. I, 9 § 452 spricht das Princip aus, wonach die Befriedigung in der Ordnung, welche die Gesetze vorschreiben, zu geschehen hat. Zu dieser Ordnung gehört aber, da offenbar auf die Analogie des Konkursfalles verwiesen werden sollte, daß gleichberechtigte Gläubiger verhältnißmäßige Befriedigung erhalten. Nur eine Folge wird allerdings in den §§ 453, 454 hervorgehoben; daß die andere nicht Platz greifen wird, ist hiermit nicht bestimmt. Die Ansicht des Obertribunals unterschiebt dem Landrecht eine Singularität zu Gunsten bevorrechteter Forderungen, während dasselbe von einem Princip ausging, welches sich sehr wohl begründen läßt und stets Anhänger hatte. Unzweideutiger als das Landrecht bestimmte das Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 Abth. I, § 10: „Unterläßt der Erbe, die öffentliche Vorladung nachzusuchen, und unternimmt er vor derselben die Zahlung aus der Erbschaft nach seiner Willkür oder sowie sich die Gläubiger bei ihm melden, so macht er sich dadurch den anderen Gläubigern insoweit verhaftet, daß er dasjenige, was er an Jemanden mehr ausgezahlt, als dieser wegen der Unzulänglichkeit der Erbschaft oder wegen der mehr privilegirten und besseren Rechte der anderen Gläubiger daraus hätte empfangen können, aus eigenem Vermögen wieder ersetzen muß.“ Nichts spricht dafür, daß man bei Abfassung des Landrechtes von diesem Princip des damals geltenden Rechtes abgehen oder dasselbe beschränken wollte. So auch Eccius Bd. 4 § 270 Anm. 43.

14) Nach allgemeinen Grundsätzen ist eine Verschuldung des Erben vorausgesetzt, wenn er wegen Befriedigung einiger Gläubiger anderen leer ausgehenden haftbar werden soll. Dieselbe liegt aber schon darin, daß er das Aufgebotverfahren nicht nachgesucht hat. War der Nachlaß zureichend zur Befriedigung sämmtlicher Erbschaftsgläubiger und wurde er zufälligerweise nach Bezahlung einiger Posten unzureichend, so daß andere Gläubiger nicht befriedigt werden können, so haftet der Erbe in der Regel nicht, es sei denn, daß er in Verzug war, Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 191.

5. Eigene Forderungen des Vorbehaltserben gegen den Erblasser können wie fremde aus der Masse befriedigt werden. Es gilt dies auch für Forderungen gegen den Erblasser, welche der Erbe nach dem Tode desselben für eigene Rechnung erwarb, denn er repräsentirt in gewissem Sinne zwei Personen.[15] An sich ist er auch befugt, Forderungen nach ihrem Nennwerth in Ansatz zu bringen, selbst wenn er sie für einen geringeren Betrag erwarb.[16] Wenn er aber mit den Mitteln der Masse den Erwerb der Forderung machte oder hätte machen können, so kann er nur das Ausgelegte in Ansatz bringen. Denn der Vorbehaltserbe verwaltet die Masse nicht bloß für sich, sondern auch für die Erbschaftsgläubiger, mit Inbegriff der Vermächtnißnehmer. Er haftet ihnen persönlich für Schadensersatz im Fall groben oder mäßigen Versehens[17] und ist ihnen zur Rechenschaft über die Verwaltung der Substanz und der Nutzungen verbunden, widrigenfalls er sich des Vorbehalts gegen sie nicht bedienen kann.[18] Jeder einzelne Gläubiger darf diese Ansprüche geltend machen. Es sind ferner die Gläubiger befugt, dem Vorbehaltserben durch das Gericht im Fall einer Gefährdung Schranken ziehen zu lassen[19] und Veräußerungsverbote, äußerstenfalls Sequestration der Masse zu erwirken. Auch dies Recht kann jeder Einzelne im Interesse der Gesammtheit ausüben.

6. Da der Vorbehaltserbe die doppelte Stellung eines Erben und eines Verwalters der Erbmasse für die Gläubiger innehat, so entsteht die Frage, ob er mit Bezug auf Verbindlichkeiten, welche er bei der Verwaltung des Nachlasses eingeht, persönlich oder nur mit dem Nachlaß haftet. Man wird in der Regel, da er ein eigenes Interesse verfolgt, annehmen müssen, daß er sich persönlich verbindet.[20] Dies könnte nur dann eine Ausnahme erleiden, wenn er ausdrücklich nur als Verwalter der Masse für diese handelte.[21] Auch

15) L. R. I, 16 § 487.

16) Dies hat das O. Trib. Entsch. Bd. 11 S. 225 ausgesprochen. Daß der Satz nicht unbedingt gilt, ist vom Obertribunal dadurch anerkannt, daß es den Fall ausnimmt, in welchem die Forderung mit den Mitteln des Nachlasses erworben wurde. Es ist aber, wie dies im Folgenden unser Text thut, noch etwas weiter zu gehen. Die Ansichten der Schriftsteller sind getheilt. Vgl. Eccius Bd. 4 § 270 Anm. 58.

17) L. R. I, 9 § 445, vgl. Striethorst Archiv Bd. 92 S. 95.

18) L. R. I, 9 § 444. R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 412. Jeder der mehreren Vorbehaltserben hat jedem Gläubiger über den Gesammtnachlaß, nicht bloß über seinen Erbtheil Rechnung zu legen, Entsch. des O. Trib. Bd. 9 S. 239. Wird Konkurs über den Nachlaß eröffnet, so sind die Vorbehaltserben nur dem Konkursverwalter gegenüber zur Rechnungslegung über ihre Verwaltung verpflichtet, vgl. Gesetz vom 28. März 1879 § 17, R. G. Bd. 16 S. 220.

19) Vgl. Gesetz vom 28. März 1840 § 1.

20) Entsch. des O. Trib. Bd. 77 S. 159. Striethorst Archiv Bd. 96 S. 53. Es gilt dies namentlich dann, wenn der Beneficialerbe ein ererbtes Geschäft weiter betreibt, Striethorst Archiv Bd. 39 S. 71.

21) Vgl. Striethorst Archiv Bd. 21 S. 132. Eccius Bd. 4 § 270 Anm. 45 kennt solche Ausnahme nicht.

für Prozeßkosten haftet er persönlich, trotzdem er als Vorbehaltserbe processirte.[22]

7. Eine Frage von Wichtigkeit ist, ob und inwieweit die Privatgläubiger des Erben befugt sind, die Nachlaßgegenstände wegen ihrer Forderungen an den Erben zum Gegenstand der Zwangsvollstreckung zu machen.[23] Da die Nachlaßgegenstände im Eigenthum wie in der Gewahrsam des Erben stehen, so ist ihnen dies Recht nicht verschlossen. Auch hat die neuere Gesetzgebung keine besondere Vorsorge getroffen, um den für die Erbschaftsgläubiger hieraus entstehenden Gefahren zu begegnen. Vielmehr erhalten die Gläubiger des Erben mit der Pfändung sogar ein Vorzugsrecht vor den Nachlaßgläubigern. Diesen bleibt natürlich der Erbe in Höhe des ihm in Folge der Tilgung seiner persönlichen Schuld erwachsenden Vortheiles haftbar. Die Nachlaßgläubiger, welche sich hierauf nicht verwiesen sehen wollen, müssen Konkurs über den Nachlaß beantragen, oder einstweilige gerichtliche Verfügungen erwirken.[24]

8. Eigenthümlichen Umbildungen unterliegen die landrechtlichen Grundsätze über den Erwerb unter Vorbehalt nach dem Recht der Mark Brandenburg, wenn ein überlebender Ehegatte als statutarischer Erbe betheiligt ist. Der märkische Ehegatte hat, wie früher bemerkt wurde, ein statutarisches Erbrecht auf die Hälfte der Verlassenschaft, falls er zur Einwerfung des eigenen Vermögens in die Masse bereit ist.[25] Bis zum Inkrafttreten des Landrechtes war es nun allgemeiner Satz des preußischen Rechtes, daß der Beneficialerbe der Rechtswohlthat des Inventars stets nur durch ein auf Antrag eines Betheiligten erlassenes gerichtliches Erkenntniß verlustig ging.[26] Obgleich an sich die Vorschriften des Landrechtes über den Erwerb und die Wirkungen des Vorbehaltes des Inventars in der Mark nicht suspendirt sind, so wurde doch diese Art des Verfahrens als im engsten Zusammenhang mit dem statutarischen Erbrecht der märkischen Ehegatten stehend in der Mark für sämmtliche Erben aufrecht erhalten, falls zur Zeit des Ablaufes der Ueberlegungsfrist ein Ehegatte vorhanden ist, welcher Erbrecht aus dem Statut hat.[27] Nach Ablauf

22) Dies ist die neuere Ansicht des Obertribunals, welcher u. A. Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 186 beistimmt und die in der Praxis die vorherrschende ist. Dagegen hat sich Bassin bei Gruchot Beiträge Bd. 12 S. 826 erklärt. Allein die Beschränkung, welche sich die Erbschaftsgläubiger gefallen lassen müssen, solchen Personen aufzunöthigen, die nach dem Tode des Erblassers mit dem Beneficialerben in Rechtsverhältnisse treten müssen, erscheint nicht als gerecht oder billig. — Soweit Masse vorhanden ist, deckt sie natürlich den Beneficialerben wegen der gerechtfertigterweise verausgabten Prozeßkosten.

23) Hierüber spricht sich das Gesetz nicht aus.

24) Eccius Bd. 4 § 270 Anm. 100, unten § 226.

25) Vgl. oben § 191 Buchst. d.

26) Siehe oben § 99 Anm. 7, Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 Abth. II, § 3 ff.

27) Vgl. v. Scholtz-Hermensdorff Kurmärkisches Provinzialrecht Bd. 2 S. 215 ff. — 3. Aufl. S. 298 ff. — Daß das Recht, nur durch Erkenntniß des Vorbehaltes ver-

der landrechtlichen Frist von 6 Monaten erwächst also in diesem Fall den Interessenten nur das Recht, zu fordern, daß den Erben durch das Gericht eine Frist zum gerichtlichen Einbringen des Inventars unter der Verwarnung gestellt wird, daß sie im Fall des Ungehorsams für Erben aus dem Statut ohne Vorbehalt erachtet werden. Die Verlustigung wird durch Erkenntniß ausgesprochen. Der Ehegatte, welcher die Rechtswohlthat verloren hat, ist fortan nach allgemeinen Grundsätzen den Nachlaßgläubigern gegenüber auf die Hälfte der Nachlaßschulden persönlich verhaftet, außerdem muß er aber nunmehr unbedingt sein eigenes Vermögen auf Anfordern der Miterben zur Theilung bringen. Dagegen kann sich der Ehegatte, welcher sich die Rechtswohlthat wahrte, in Folge derselben des Einbringens seines Vermögens weigern, und den Nachlaß seines Gatten den Miterben überlassen.[28] Mit einer derartigen Erklärung hört der überlebende Ehegatte zwar nicht schlechthin auf Erbe zu sein, was nach Ablauf der Entsagungsfrist nicht mehr zulässig wäre, dennoch hat er nicht viel mehr als den nackten Namen des Erben. Denn den Miterben gegenüber hat er keine weiteren Rechte auf den Nachlaß und keine Verpflichtungen seinethalben, und auch die Gläubiger des Erblassers können sich nicht an ihn halten, sofern er nicht Nachlaßmasse hinter sich hat; immerhin bleibt er als Erbe bezüglich der bisherigen Verwaltung verantwortlich und zur Rechenschaft verpflichtet.[29] Die Miterben können gegenüber dem Ehegatten, welcher die Rechtswohlthat hat, nach Abschluß des erbschaftlichen Aufgebotsverfahrens oder nach Verlust desselben eine endgültige Erklärung darüber fordern, ob er nach dem Statut Theilung halten, oder ihnen den Nachlaß überlassen oder aus einem etwaigen Testament des Erblassers Erbe werden wolle. Zu diesem Zweck haben sie ihn, wenn er die Erklärung nicht abgiebt, zu einem gerichtlichen Termin laden zu lassen, so daß sie ihn, wenn er sich auch hier nicht erklärt, von der Erbschaft ausschließen, oder wenn sie das Einwerfen für ihn vortheilhafter erachten, zur Erbschaft nach dem Statut zulassen können.[30] [31]

§ 225. Aufgebot der Nachlaßgläubiger.

I. Zur Sicherung einer materiell gerechten Vertheilung des Nachlasses unter die Erbschaftsgläubiger, und zur Entlastung des Beneficialerben von der

---

lustig zu werden, in der Mark auch den Miterben des statutarisch berechtigten Ehegatten gebührt, ist erkannt im Präj. des O. Trib 1788, sowie Entsch. Bd. 77 S. 18 ff.

28) Erbschaftsedikt Abth. II, § 3.

29) v. Scholtz-Hermensdorff a. a. O. S. 203 und 204.

30) Erbschaftsedikt Abth. II, § 9.

31) Weiteres noch siehe außer bei v. Scholtz-Hermensdorff a. a. O. bei Korn Testament und Erbvertrag der Eheleute in der Mark Brandenburg, Behrend's Zeitschrift Bd. 5 S. 117, vgl. insbesondere S. 139 und Güterrecht S. 155 ff., 167 ff.

Verantwortlichkeit für dieselbe schuf die ältere preußische Gesetzgebung das erbschaftliche Liquidationsverfahren.[1] Dieses Verfahren begann mit dem Aufgebot der Nachlaßgläubiger und der Vermächtnißnehmer unter der Verwarnung, daß die nicht rechtzeitig Angemeldeten den sich Meldenden nachzustehen hätten. Hieran schloß dasselbe die Prüfung der angemeldeten Ansprüche und ihres beanspruchten Vorrechts an, und gipfelte endlich in dem Prioritätsurtheil.[2] Der Erbe konnte die Liquidation und die Vertheilung der Masse einem gerichtlich zu bestellenden Kurator überlassen, während ihm gegen seinen Willen die Verwaltung des Nachlasses nur bei Verdacht einer Gefährdung der Gläubiger entzogen werden durfte. Kein Erbschaftsgläubiger war befugt, gegen den Beneficialerben eine Zwangsvollstreckung zu betreiben, ehe dies Verfahren zum Abschluß gekommen war.[3] Andererseits mußte aber der Beneficialerbe, welcher sich auf die Rechtswohlthat den Nachlaßgläubigern gegenüber berief, die Eröffnung des Liquidationsverfahrens binnen einer vom Richter zu stellenden billigen Frist beantragen, widrigenfalls er der Wohlthat verlustig ging.[4]

Später wurde das Verfahren in der Art umgestaltet, daß man den Nachlaßgläubigern die Zwangsvollstreckung in den Nachlaß an sich verstattete, dem Beneficialerben aber offen stellte, die Exekution durch Antrag auf Eröffnung des erbschaftlichen Liquidationsprozesses aufzuhalten.[5] Weit eingreifender aber war es, daß die Konkursordnung vom 8. Mai 1855[6] das Verfahren auf das Aufgebot, und auf den Ausschluß der nichtangemeldeten Nachlaßgläubiger beschränkte, so daß seitdem eine gerichtliche Prüfung und Feststellung der Forderungen und ihrer Vorrechte, wie eine Verwaltung des Nachlasses unter gerichtlicher Aufsicht nicht stattfindet. Beides ist fortan dem Beneficialerben ausschließlich anheimgestellt.

II. Auf dieser Grundlage ruht das preußische Gesetz vom 28. März 1879, welches im Anschluß an die Reichscivilprozeßordnung das Verfahren in mehreren Punkten neu gestaltete.[7]

---

1) Das Liquidationsverfahren ist geregelt im Erbschaftsedikt vom 30. April 1765 Abth. I, § 10, und schon das Projekt des corp. jur. Fridericiani schreibt n. II, lib. 7 tit. 15 art. 2 § 41 unter 6 die Ediktalcitation der Kreditoren, um die Priorität auszumachen, vor, weil sonst der Beneficialerbe, wenn Einer ausfällt, in solidum dafür stehen würde.

2) Vgl. A. G. O. I, 51 § 53 ff.

3) A. G. O. I, 24 § 18.

4) A. G. O. I, 51 § 59.

5) Verordnung vom 4. März 1834 § 2.

6) Konkursordnung § 342 ff. Vgl. Plathner bei Gruchot Beiträge Bd. 1 S. 192.

7) Nach dem Einführungsgesetz zur Reichscivilprozeßordnung § 15 n. 3 bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften über das erbschaftliche Liquidationsverfahren unberührt. Auf Grund dieses Vorbehaltes wurde das Gesetz vom 28. März 1879 erlassen.

1. Jeder einzelne Vorbehaltserbe ist befugt, beim Nachlaßgericht das Aufgebot der Nachlaßgläubiger und Legatare zu beantragen, wie auch sich einem bereits gestellten Antrage anzuschließen. Das von einem einzelnen Vorbehaltserben beantragte Aufgebot wirkt in Folge der Ungetheiltheit der Verpflichtungen der Erben für alle Miterben.[8] Auch der Nachlaßpfleger ist zum Antrag befugt.

Der Aufgebotsantrag, wie auch der Anschluß an einen Antrag ist dem Vorbehaltserben nur verstattet innerhalb eines Jahres seit der erlangten Wissenschaft von dem Anfall der Erbschaft an gerechnet. Der Nachlaßpfleger ist jederzeit zum Antrag befugt.[9]

Mit dem Aufgebotsantrag ist der Nachweis zu verbinden, daß das Inventar rechtzeitig gerichtlich niedergelegt oder daß die gerichtliche Aufnahme desselben rechtzeitig beantragt sei.[10] Die Einsicht des Inventars steht nach Erlaß des Aufgebotes Jedermann offen. Es hat ferner der Erbe ein Verzeichniß der bekannten Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer dem Gericht einzureichen. Das Aufgebot geschieht nach den Vorschriften der deutschen Civilproceßordnung.[11]

2. Sämmtliche Erbschaftsgläubiger und Legatare sind zur Anmeldung ihrer Ansprüche binnen einer richterlichen, längstens sechsmonatlichen Frist unter der Androhung zu laden, daß im Fall der Nichtanmeldung ihre Ansprüche nur noch insoweit zur Befriedigung gelangen, als der Nachlaß mit Ausschluß aller seit dem Tode des Erblassers aufgekommenen Nutzungen durch Befriedigung der angemeldeten Ansprüche nicht erschöpft wird.[12]

Mit der Rechtskraft des Urtheils ist das Verfahren beendet.[13]

Die Ausschließung betrifft nur die Klagerechte des ausgeschlossenen Gläubigers. Derselbe ist daher nicht behindert, auf die ausgeschlossene Forderung den Einwand des nicht erfüllten Vertrages zu stützen, z. B. gegenüber

8) Gesetz vom 28. März 1879 §§ 1 und 2. Sollten sich unter den Miterben Erben ohne Vorbehalt befinden — vgl. oben § 221 Anm. 9 — so bewirkt das Verfahren gleichwohl Einstellung der Zwangsvollstreckung bezüglich des Nachlasses, der Gläubiger könnte aber gegen den Erben ohne Vorbehalt die Zwangsvollstreckung in dessen eigenes Vermögen betreiben.

9) Vgl. Angeführtes Gesetz § 4. Die Frist beruht auf einer Bestimmung der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 § 343. Die Motive des Gesetzentwurfs heben hervor, daß der Nachlaßpfleger an die Frist nicht gebunden ist.

10) Vgl. oben § 222 Ziff. 3.

11) Angeführtes Gesetz § 3 Abs. 1 §§ 5, 6, 9. Vgl. auch oben § 213 Anm. 8, 9 und 10.

12) Angeführtes Gesetz § 7, 10 und oben § 133 bei Anm. 11.

13) Angeführtes Gesetz § 15.

dem Anspruch auf Zahlung von Kaufgeldern die Einrede nicht getilgter, auf der Kaufsache lastender und nicht übernommener Hypotheken geltend zu machen.[14] Das Gleiche gilt von der Einrede der Kompensation.

Unberührt bleibt das Recht der Pfandgläubiger, sowie der Gläubiger, welche im Konkurse den Faustpfandgläubigern gleichstehen, ihre Befriedigung aus dem Pfande zu suchen.[15]

Die rechtskräftige Ausschließung begründet das Vorzugsrecht der Angemeldeten vor den Nichtangemeldeten auch für den Fall, daß später ein Konkursverfahren über den Nachlaß eröffnet wird.[16]

3. Folge der Eröffnung des Verfahrens ist, daß nach Zulassung des Antrages für die Dauer desselben die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung wegen der durch das Aufgebotsverfahren betroffenen Ansprüche, sowie die Aufhebung der noch nach dem Aufgebotsantrag erfolgten Vollstreckungsmaßregeln verlangt werden kann.[17] Das Letztere trifft auch solche Gläubiger, welche im Wege der Zwangsvollstreckung nach dem Tode des Erblassers bereits ein Pfandrecht erlangt haben.[18] Die Vollziehung eines Arrestbefehls steht der Zwangsvollstreckung gleich.[19]

Unbenommen bleibt es natürlich den Gläubigern, einschränkende Maßregeln gegen den Beneficialerben auch während dieses Verfahrens zu beantragen.

Der Fortführung anhängiger Klagen steht ebensowenig etwas entgegen.

4. Die Erbschaftsgläubiger sind berechtigt, sowie sich die Unzulänglichkeit des Nachlasses ergiebt, auf Konkurseröffnung anzutragen. Mit Eröffnung des Konkurses endigt das obschwebende Aufgebotsverfahren, und verliert das bereits ergangene Aufgebot seine Kraft.

---

14) Striethorst Archiv Bd. 20 S. 71.

15) Angeführtes Gesetz § 11 Abs. 1, Preußische Konkursordnung § 359. Vgl. aber unten Anm. 17 und 18.

16) Allerdings findet sich in der Reichskonkursordnung ein derartiges Vorrecht im Fall des Konkurses nicht erwähnt. Allein es handelt sich hier um ein erworbenes materielles Recht, welches nunmehr so gut im Konkurse berücksichtigt werden muß, wie ein Vertrag, nach welchem eine Forderung erst nach der anderen zur Befriedigung zu kommen hat, oder eine letztwillige Bestimmung, wonach ein Legat erst dann auszuzahlen ist, wenn ein anderes vollständig entrichtet ist. Die preußische Konkursordnung § 360 Abs. 6 traf eine entsprechende Bestimmung ausdrücklich, formell ist diese aber durch § 18 des Gesetzes vom 28. März 1879 beseitigt, durch welchen der vierte Titel der Konkursordnung vom 8. Mai 1855 aufgehoben wurde.

17) Angeführtes Gesetz § 1.

18) Angeführtes Gesetz § 11 Abs. 2.

19) Angeführtes Gesetz § 1 Abs. 3 und § 11 Abs. 2. Anders Preußische Konkursordnung § 345. Die Aenderung war nothwendige Folge des an den Arrest geknüpften Pfandrechtes.

Nach früherem Recht konnten nach Beendigung des Aufgebotsverfahrens die Gläubiger, welche keine Befriedigung erhielten, ohne weiteres den Antrag auf Konkurs über den Nachlaß stellen. Dagegen stand ihnen die Verfolgung im Wege besonderer Vollstreckung nicht mehr offen.[20] Nach derzeitigem Recht dagegen sind sie zum Antrag auf Konkurs nur berechtigt, wenn der Nachlaß überschuldet ist. Es steht ihnen daher, bis Konkurs eröffnet ist, nach Beendigung des Aufgebotsverfahrens wieder frei, im Wege besonderer Zwangsvollstreckung in den Nachlaß ihre Befriedigung zu betreiben.

§ 226. Der Konkurs über den Nachlaß.[1]

1. Ueber den Nachlaß eines Verstorbenen kann Konkurs eröffnet werden, wenn unbekannt ist, ob ein Erbe vorhanden, oder wer Erbe ist,[2] nicht minder aber in folgerechter Entwickelung des Institutes der Rechtswohlthat des Inventars, wenn die Erbschaft unter dieser Rechtswohlthat erworben ist.[2a] Haben die Erben ohne Vorbehalt angetreten, so ist fortan nur Konkurs über ihr Vermögen zulässig.

2. Voraussetzung des Konkurses über einen Nachlaß ist, wie nach früherem gemeinem Recht, dessen Ueberschuldung,[3] also seine Unzulänglichkeit zur vollständigen Befriedigung aller Gläubiger des Erblassers. Zahlungsunfähigkeit genügt also hier nicht zur Konkurseröffnung, selbst wenn der Verstorbene Kaufmann war und seine Zahlungen einstellte. Der Konkurs kann auch beantragt werden, wenn der Nachlaß, welcher zur Zeit des Todes des Erblassers noch die Nachlaßschulden deckte, später unzulänglich wird. Die Ueberschuldung war nach preußischem Recht anzunehmen, wenn der Erbe des Verstorbenen die Erbschaft ausschlug, ohne ausdrücklich zu erklären, daß solches zu Gunsten des nächsten auf ihn folgenden Erben geschehe,[4] sodann wenn der Beneficialerbe erklärte, sich der Verwaltung des Nachlasses entschlagen zu wollen, wie auch wenn aus anderweiten Erklärungen des Beneficialerben oder des Nachlaßpflegers oder aus dem Inventar die Unzulänglichkeit hervorging. Insbesondere konnte aber auf Konkurs angetragen werden, wenn der Erbe nicht die im Liquidationsverfahren angemeldeten Forderungen, soweit sich ihre Richtigkeit ergeben würde,

---

20) Entsch. des O. Trib. Bd. 56 S. 470, gegentheilig entschied das R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 1160, vgl. auch unten Anm. 5.

1) Reichskonkursordnung § 202 ff. Petersen und Kleinfeller zu diesen §§ sowie andere Kommentare.

2) Gaj. Inst. III, § 78, l. 8 D. de reb. auct. jud. 42, 5.

2a) Vgl. unten § 233 Anm. 13 a. E. und R. G. Bd. 25 S. 36.

3) Reichskonkursordnung § 203.

4) L. R. I, 9 § 410, Preußische Konkursordnung § 323 unter 3.

persönlich übernahm.[5] Diese Vermuthungen und Fiktionen wurden durch die Reichskonkursordnung nicht festgehalten, da man annahm, es bedürfe derselben nach Aufhebung der positiven Beweisregeln nicht mehr.[6] Als Anhaltspunkte für den Richter, um die Ueberzeugung von der Ueberschuldung des Nachlasses zu gewinnen, wird ihnen thatsächliche Bedeutung bleiben.[7]

3. Obgleich die Erben während der Ueberlegungsfrist nicht schuldig sind, sich auf Forderungen der Erbschaftsgläubiger einzulassen und Prozesse des Erblassers fortzusetzen,[8] so ist doch nach der Reichskonkursordnung die Eröffnung des Konkursverfahrens über den Nachlaß nicht dadurch gehindert, daß dem Erben noch die Ueberlegungsfrist läuft.[9] Dies ist praktisch um deswillen gerechtfertigt, weil dann, wenn die Ueberschuldung des Nachlasses feststeht, der Konkurs doch meist unausbleiblich sein wird, so daß es zweckmäßig erscheint, demselben baldmöglichst Raum zu geben. Uebernimmt der Erbe gleichwohl die Erbschaft vorbehaltlos, so ist auf seinen Antrag der Konkurs über den Nachlaß aufzuheben, da dann dessen wesentliche Voraussetzung weggefallen ist.

4. Für den Konkurs über einen Nachlaß ist das Amtsgericht des letzten Wohnsitzes des Erblassers ausschließlich zuständig.[10]

5. Zu dem Antrag auf Konkurseröffnung sind berechtigt

a) Nachlaßgläubiger.[11] Dagegen sind Vermächtnißnehmer, obgleich gegenüber dem Erben als Nachlaßgläubiger geltend, nicht befugt, Konkurs über den Nachlaß zu beantragen oder an demselben Theil zu nehmen, da ihre Forderung aus einer Freigebigkeit des Erblassers stammt.[12]

b) Es ist ferner antragsberechtigt jeder Erbe, wie auch der Nachlaßpfleger.

Geht der Antrag nicht von sämmtlichen Erben oder Nachlaßpflegern aus, so sind über die Ueberschuldung die übrigen Erben oder Nachlaßpfleger zu hören.[13]

6. Der Konkursverwalter übt beim Nachlaßkonkurse sämmtliche Rechte des Erblassers aus.[14]

---

5) Preußische Konkursordnung §§ 357, 356, oben § 225 bei Anm. 20.
6) Motive zur Reichskonkursordnung S. 453.
7) Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 1137.
8) L. R. I, 9 § 386, oben § 218 Ziff. 3.
9) Reichskonkursordnung § 204. Der § 324 der Preußischen Konkursordnung schloß die Konkurseröffnung während der Ueberlegungsfrist aus.
10) Vgl. Reichskonkursordnung § 202.
11) Reichskonkursordnung § 205 Abs. 1.
12) Vgl. Reichskonkursordnung § 56.
13) Reichskonkursordnung § 205 Abs. 2.
14) Vgl. R. G. Bd. 18 S. 272. Er hat auch das Kündigungsrecht der Erben des Miethers nach L. R. I, 21 § 371.

7. Ein Zwangsvergleich kann nur auf den Vorschlag aller Erben geschlossen werden, da deren Rechte am Nachlaß gemeinschaftliche sind. Auch die Zustimmung sämmtlicher sonstiger Vertreter des Nachlasses ist erfordert.[15]

8. Wird über den Nachlaß, welcher unter Vorbehalt angetreten ist, der Konkurs eröffnet, so erlischt das Verfügungsrecht des Beneficialerben. Zur Rechnungslegung über die Verwaltung ist er fortan nur noch dem Konkursverwalter verpflichtet.[16]

Viertes Kapitel.

Die Rechtsstellung des Erben.

§ 227. Die Besitznahme der Erbschaft.[1]

1. Dem Erben steht es in der Regel frei, selbstthätig den Besitz der Nachlaßsachen zu ergreifen, ohne daß er der Vermittlung der Obrigkeit bedarf und sich vorher als Erbe legitimiren muß. Hat sich bereits ein Dritter in den Besitz des Nachlasses gesetzt, so bedarf der Erbe dagegen in der Regel, um sich den Besitz zu verschaffen, einer Klage, welche sicha uf seinen Erbrechtstitel stützt.

2. Es giebt Fälle, in welchen die eigenmächtige Besitzergreifung unthunlich ist, obgleich noch Niemand im Besitz ist. So namentlich wenn das Gericht Siegel anlegen ließ und dadurch den Nachlaß in Beschlag nahm, oder ein Nachlaßpfleger die Verwaltung hat, oder ein sonstiger Dritter in dem bloßen Gewahrsam ist, bereit, die Nachlaßsachen dem zuständigen Erben herauszugeben; oder auch wenn sich mehrere Erbschaftsprätendenten gegenseitig an der Ergreifung des Besitzes, z. B. eines Nachlaßgrundstückes, hindern. In derartigen Fällen ist eine Regelung der Besitzfrage durch den Richter nöthig, und zwar genügt zur Erlangung des Besitzes, daß der Antragsteller prima facie als der Erbe erscheint. Ist nur ein Erbschaftsprätendent aufgetreten, so kann der Nachlaßrichter durch Dekretur die Ueberweisung des Besitzes vornehmen; handelt es sich um einen Streit mehrerer Prätendenten, so wird auch über die Besitzfrage der Prozeßrichter zu entscheiden haben.[2]

---

15) Reichskonkursordnung § 206.

16) Gesetz vom 28. März 1879, betreffend die Zwangsvollstreckung gegen Beneficialerben § 17. Vgl. oben § 224 Anm. 18.

1) L. R. I, 12 §§ 242, 243, vgl. oben § 213 z. A.

2) Vgl. unten Anm. 4. Es besteht also in solchen Fällen ein possessorisches Rechtsmittel adipiscendae possessionis zu Gunsten des prima facie Erben, das einzige possessorische Rechtsmittel, welches das preußische Recht neben dem Summarissimum kennt, wie dies auch durch A. G. O. I, 5 § 28 hervorgehoben wird.

Die Besitzüberweisung geschieht stets unvorgreiflich der Entscheidung über das Erbrecht selbst, über welches die Betheiligten in einem besonderen Prozeß verhandeln können. Die Grundsätze, welche den Richter bezüglich der Besitzüberweisung leiten sollen, sind im Einzelnen folgende.

a) Wird dem in einem förmlichen gerichtlichen Testamente oder Erbvertrag Eingesetzten das Erbrecht bestritten, so ist ihm gleichwohl der Besitz des Nachlasses oder der von ihm in Anspruch genommenen Quote desselben bis zum Austrag des Erbschaftsstreites zuzuweisen.[3] Kommen mehrere Testamente zum Vorschein, so erhält den Vorzug, wer das später errichtete für sich hat.[4] Ist der Anspruch des Gegners einigermaßen bescheinigt, so kann das Gericht Aufnahme eines Inventars, auf Kosten des unterliegenden Theiles, vor der Uebergabe des Nachlasses anordnen.[5] Der in einem militärischen oder sonst privilegirten Testament eingesetzte Erbe hat das Recht auf Besitzeinweisung nur, wenn die Echtheit der Unterschrift des Erblassers und der übrigen bei der Verfügung mitwirkenden Personen klar gestellt ist. Es kann aber auch der Richter, wenn die Echtheit der fraglichen Testamente einigermaßen bescheinigt ist, dem eingesetzten Erben die Erbschaft unter Sicherheitsstellung und nach vorgängiger Aufnahme eines gerichtlichen Inventars überweisen.[6]

Diese Bestimmungen lehnen sich an das gemeinrechtliche remedium ex lege ultima de edicto divi Hadriani tollendo an.[7] Aber dieses greift auch dann ein, wenn sich bereits ein Dritter in den Besitz der Erbschaft gesetzt hat, so daß es ein Klagrecht des prima facie legitimirten Testamentserben gegen den Besitzer auf Herausgabe des Nachlasses begründet. Nach preußischem Recht hat das anscheinend gültige Testament eine solche Kraft nicht, vielmehr giebt es nur den Vorzug, so lange der Besitz noch offen ist.

b) Meldet sich ein Verwandter als angeblicher gesetzlicher Erbe, so ist nach richterlichem Ermessen und Befund der Umstände zu verfahren.[8] Erfordert ist unter allen Umständen, daß der Antragsteller seine Verwandtschaft mit dem Erblasser nachweist. Ist dies geschehen und der Sachlage nach das Bestehen näherer oder gleich naher Verwandten nicht zu vermuthen, so wird ihm der Nachlaß eingehändigt, sofern er eine eidesstattliche Ver-

---

3) L. R. I, 12 § 244.

4) L. R. I, 12 § 245. Dies ist namentlich ein Fall, in welchem der Nachlaßrichter die Betheiligten, wenn sie sich nicht über den Besitz einigen, an den Prozeßrichter zu verweisen hat, Koch Erbrecht S. 1195.

5) L. R. I, 12 § 246.

6) L. R. I, 12 § 249 ff.

7) l. 3 C. de edicto divi Hadriani tollendo 6, 33.

8) L. R. I, 9 § 482 ff.

sicherung über Nichtkenntniß berechtigter Verwandter abgiebt.[9] Bestehen dagegen Vermuthungen für das Vorhandensein näherer oder gleich naher Verwandter, so ist der Antragsteller entweder abzuweisen oder zum Nachlaßpfleger zu bestellen oder es ist ihm bei minderem Gewicht jener Vermuthungen je nach Umständen der Nachlaß gegen Sicherheitsleistung zu überlassen.[10] Sind die Vermuthungen für das Vorhandensein besser berechtigter Verwandter gehoben, z. B. durch vergebliche öffentliche Vorladung, so werden jene Beschränkungen wieder aufgehoben.

3. Diese Bestimmungen können nicht dahin führen, wie durch das s. g. interdictum quorum bonorum[11] gemeinrechtlich möglich war, demjenigen den Besitz zu entziehen, welcher sich redlicherweise in demselben befindet. Das Landrecht spricht ausdrücklich aus, daß wer auf Grund eines Erbrechts, es sei aus einem Testament oder vermöge der gesetzlichen Erbfolge, zum Besitz einer Erbschaft redlicher Weise gelangt sei, dabei so lange geschützt werden solle, bis die Unrichtigkeit seines Besitztitels und das bessere Recht des Gegners ausgemittelt sei.[12] Immerhin ergiebt sich hieraus unseres Erachtens, daß es des Nachweises seines Erbrechtes durch den Kläger nicht bedarf, wenn sich der Beklagte unredlicherweise in den Besitz des Nachlasses setzte, daß in diesem Fall vielmehr zum Sieg genügt, wenn der Kläger einen vielleicht an sich bestreitbaren Titel auf die Erbschaft geltend machen kann, und böser Glauben des Beklagten dargethan ist.[13]

§ 228. Die Erbbescheinigung.

I. Für die Frage, wer Erbe ist, wird der Verkehr zwar in manchen Fällen in der Offenkundigkeit genügende Sicherheit haben, in vielen anderen bleibt man auf Wahrscheinlichkeit hingewiesen, da nähere oder gleichnahe Verwandte oder unbekannte Testamente vorhanden sein können. Mit der Gefahr der Prüfung der Eigenschaft als Erbe die Dritten zu belasten, welche mit dem Erben in Verhandlung treten müssen, ist weder zweckmäßig noch billig, daher war es eine heilsame Maßnahme, eine Prüfung der Erbbefugniß durch das

---

9) Meist wird er in diesem Fall auch eine Erbbescheinigung erhalten, welche ihm nicht bloß den Besitz der Nachlaßsachen, sondern auch die Legitimation zur Verfügung Dritten gegenüber giebt. Es ist aber einleuchtend, daß an sich die Besitzüberlassung der Nachlaßsachen und die Ertheilung einer Erbbescheinigung nicht zusammenfallen.

10) Ueber den Fall eines Rechtsstreites mit dem Nachlaßpfleger über die Legitimation des angeblichen Erben siehe oben § 216 Buchst. b Abs. 2.

11) Vgl. Windscheid Bd. 3 § 617 Anm. 1 und dort angeführte Entscheidungen.

12) L. R. I, 12 § 243.

13) Vgl. oben Bd. 1 § 249.

Nachlaßgericht eintreten zu lassen, so daß Dritte, welche im Vertrauen auf dessen Befund handeln, gesichert sind. Hierdurch erhält der bescheinigte Erbe nach Außen hin volle rechtliche Verfügungsmacht über den Nachlaß, durch welche der etwa verschiedene wahre Erbe freilich benachtheiligt werden kann. Allein in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle wird die Bescheinigung dem wahren Erben ertheilt, und erleichtert ihm die Verwirklichung seiner Rechte. In den Ausnahmefällen, wo dies nicht eintritt, muß das Interesse eines Erben, welcher sich, mit oder ohne Schuld, nicht rechtzeitig meldete, dem allgemeinen Interesse nachstehen. Nach diesen Gesichtspunkten hat das preußische Recht das Institut der Erbbescheinigungen geschaffen, jedoch für die Regel nur zu Gunsten der gesetzlichen Erben, da die Testamentserben sich durch die Testamente, deren Echtheit durch gerichtliche Errichtung und Hinterlegung, wie durch die Eröffnungsverhandlung gesichert ist, in der Regel genügend legitimiren.

Die Veranlassung zur Ertheilung von Erbbescheinigungen gab das Hypothekenwesen. Der Grundbuchrichter mußte die Legitimation des angeblichen Erben, welcher als solcher im Grundbuch eingetragen werden sollte, feststellen, die Untersuchung konnte er aber selbst praktischerweise nicht führen, er verlangte daher, wenn die Erbfolge nicht gerichtskundig war, eine Bescheinigung des Nachlaßrichters.[1] Die Ausstellung solcher „Erblegitimationsatteste" verdrängte in der Praxis den aus dem gemeinen Recht überkommenen, im Landrecht anerkannten Weg, daß der Besitzer des Nachlasses, wenn sein Erbrecht in Frage gestellt war, die unbekannten Erben aufbieten ließ unter der Verwarnung, daß sie bei Nichtmeldung sich alle Verhandlungen des Besitzers mit Dritten gefallen lassen müßten.[2]

II. Weitere Durchbildung erhielt das Verfahren bei Erbbescheinigungen durch das Gesetz vom 12. März 1869, welches für den ganzen Umfang der Monarchie erlassen wurde.[3]

1. Hiernach ist jeder gesetzliche Erbe[4] befugt, beim Nachlaßgericht[5] auf Ausstellung einer gerichtlichen Erbbescheinigung anzutragen.

1) Solche Atteste verlangte die Hypothekenordnung vom 20. December 1783, Zweiter Titel, Abschn. 2 § 72. Auch in der A. G. O. I, 5 § 4 unter 6 wurde behufs der Legitimation des Intestaterben im Prozeß ein Legitimationsattest oder eine Präklusoria gefordert. Die Institution der Erbbescheinigungen hat als Ausfluß „des Legalitätsprincips" übrigens heftige Anfechtung erlitten. Vgl. Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 218 und dort Angeführte.

2) Das Nähere hierüber siehe L. R. I, 9 § 494 ff.

3) Vgl. P. Wachler Gesetz betr. die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen Berlin 1869, L. Korn Ueber die Anwendung des Gesetzes vom 12. März 1869 betreffend die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen in Behrend's Zeitschrift Bd. 6 S. 422 ff.

4) Angeführtes Gesetz § 1. Es gilt dies also u. A. auch für uneheliche Kinder, sowie für Verpfleger des verlassenen Erblassers, oben § 193. Nach dem Gesetze vom

Wenn in einer letztwilligen Verfügung die Erben oder sonst letztwillig Bedachten nicht mit derjenigen Bestimmtheit bezeichnet sind, welche zur Beschaffung der Legitimation erforderlich ist, so können sie die Ausstellung einer „ergänzenden Bescheinigung“ vom Nachlaßgericht darüber verlangen, daß sie ihre Identität mit den letztwillig Bedachten nachgewiesen haben.[6]

2. Das Nachlaßgericht hat die Bescheinigung nur zu ertheilen, sofern es nach sorgfältiger Prüfung zu der Ueberzeugung gelangt, daß der Antragsteller Erbe in dem durch sie bezeichneten Umfang sei.[7] Hierbei muß sich der Richter durch praktisches vernünftiges Ermessen leiten lassen, so daß er gegründeten Zweifeln Raum zu geben hat, aber entfernte Möglichkeiten nicht berücksichtigen darf. Daß der Antragsteller der gesetzliche Erbe ist, kann gerichtskundig sein; ist dies nicht der Fall, so sollen dem Richter die bezüglichen Thatsachen nach dem Gesetz dargethan werden durch öffentliche Urkunden

---

13. Juli 1883 über die Zwangsvollstreckung in Grundstücke § 14 Abs. 3 ist der Gläubiger berechtigt, wenn der Schuldner — gegen welchen er einen vollstreckbaren Titel hat — im Grundbuch nicht als Eigenthümer eingetragen ist, von Gerichten und Notaren die Urkunden zu fordern, welche erforderlich sind, um das Eigenthum des Schuldners glaubhaft zu machen. Dahin gehört die Erbbescheinigung. Sie kann der Gläubiger also namentlich fordern, wenn sein persönlicher Schuldner, gegen den er eine vollstreckbare Forderung hat, Erbe eines Grundeigenthümers wird. Nach Kam. Ger. Bd. 3 S. 33, Bd. 6 S. 13 soll dagegen der Gläubiger, welcher gegen den Erblasser einen vollstreckbaren Titel hat, vom Nachlaßrichter keine Erbbescheinigung über die Person des Erben seines Schuldners — und ebensowenig die Abschrift einer schon vorhandenen Erbbescheinigung — zu dem Zweck beanspruchen können, um die Vollstreckungsklausel gegen diesen zu erlangen. Zweckmäßiger wäre es, die Bescheinigung auch in diesem Falle auszustellen. Vgl. auch oben Bd. 1 § 321 Anm. 8.

5) Vgl. Angeführtes Gesetz § 2. Kam. Ger. Bd. 1 S. 24, Bd. 2 S. 30, Bd. 4 S. 50. Das Gesetz bestimmt im § 8, wenn zum Nachlaß einer Person, welche zur Zeit ihres Todes in Preußen keinen ordentlichen Gerichtsstand hatte, Grundstücke, in öffentlichen Büchern eingetragene Rechte oder in der Verwahrung einer preußischen Behörde befindliche Gegenstände gehörten, so sei das Gericht, in dessen Bezirk die Sache liegt, beziehungsweise das Buch geführt wird, zur Ausstellung einer Bescheinigung zuständig, welche den Erben zur Verfügung über jene Vermögensstücke legitimirt; vgl. Kam. Ger. Bd. 3 S. 34. Was für preußische Behörden bestimmt ist, ist auch für die bei Reichsbehörden, z. B. bei der Reichsbank, verwahrten Objekte anwendbar. Die Bestimmung wird übrigens nur subsidiär eingreifen, sofern nicht vom Gericht des letzten Wohnsitzes des Ausländers eine Erbbescheinigung zu erlangen ist; deutsche Gerichte werden solche wohl meist ertheilen.

6) Angeführtes Gesetz § 9 Abs. 1 und 2, vgl. oben § 119 Anm. 6. Kam. Ger. Bd. 10 S. 52, Eccius Bd. 4 § 261 Anm. 6. — Eine ergänzende Bescheinigung ist auch im Falle von L. R. II, 2 § 443 — oben § 198 Anm. 2 — zu ertheilen Kam. Ger. Bd. 4 S. 57.

7) Angeführtes Gesetz § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1, Korn a. a. O. S. 426 ff. Ist ein angeblicher Testaments- oder Vertragserbe dabei interessirt, daß eine Erbbescheinigung zu Gunsten des Intestaterben nicht ertheilt werde, so kann er Widerspruch beim Nachlaßgericht einlegen. Dieses kann ihm, wenn der Widerspruch nicht ganz unerheblich, aber auch nicht offenbar begründet erscheint, auflegen, innerhalb bestimmter Frist Klage zu erheben, widrigenfalls er über die Erbbescheinigung befindet, ohne auf den Widerspruch Rücksicht zu nehmen. Vgl. auch Kam. Ger. Bd. 4 S. 52.

oder Zeugen, wohin auch Notorietätszeugen gehören, d. h. Zeugen, welche bekunden, daß etwas allgemein in den Kreisen, welche Kenntniß haben müssen, als wahr gilt.[8] Da aber schließlich die freie Ueberzeugung des Richters das Bestimmende ist, so ist es klar, daß auch Privaturkunden, z. B. Familienaufzeichnungen verstorbener Eltern, wenn die Echtheit feststeht, in Betracht kommen können.[9] Ob zum Nachweise der ehelichen Abstammung des Antragstellers die Trauscheine der Eltern vorzulegen sind, hängt natürlich von der Sachlage ab, da der Richter die Ueberzeugung der Ehelichkeit auch anderweitig gewinnen kann.[10] Daß das Anerkenntniß eines vollständig legitimirten Miterben von erheblichem Gewicht ist, wenn ihm die Theilnahme des Anerkannten Nachtheil bringt, ist offensichtlich.

3. Das Gesetz verlangt eidesstattliche Versicherung des Antragstellers darüber, daß ihm andere gleichnahe oder nähere Erben nicht bekannt seien, er auch nicht wisse, daß der Erblasser eine letztwillige Verfügung hinterlassen habe.[11] Statt des Handlungsunfähigen ist dessen gesetzlicher Vertreter zur Abgabe der Erklärung legitimirt, auch freiwillige Bevollmächtigte läßt man zu.[12] Mündlichkeit der Versicherung bei einem Gericht oder Notar, welche zu Protokoll genommen wird, ist für die Regel erfordert. Die Versicherung ist in unmittelbare Verbindung mit der Sachdarstellung des Antragsstellers zu setzen, da sie nur in dieser Verbindung Werth hat, isolirt aber lediglich ein Urtheil über Rechtsverhältnisse enthält, dessen Richtigkeit dahinsteht.[13] Dem Ermessen des Gerichtes ist es anheimgestellt, wenn der Antrag von mehreren Erben zusammen ausgeht, die Versicherung von allen oder nur von einigen Erben zu fordern.[14] Ist die Sachlage so klar, daß eine eidesstattliche Versicherung

8) Angeführtes Gesetz § 3. Das Gesetz ist nicht folgerecht, indem es einerseits die Ueberzeugung des Richters als das Entscheidende ansieht, andererseits aber bestimmte Beweismittel fordert. Allein der Gedanke der freien Beweiswürdigung muß der maßgebende sein.

9) Die entgegengesetzte Ansicht hat Wachler a. a. O. S. 20 Anm. 8, vgl. aber Koch zum § 484, siehe auch Eccius Bd. 4 § 261 Anm. 8.

10) Hat der Richter eine Erklärung darüber zu fordern, ob außer dem Antragsteller bei Lebzeiten des Erblassers gleich nahe oder nähere Verwandte vorhanden waren, und im Bejahungsfalle die Vorlegung der Todtenscheine derselben zu beanspruchen? Auch dies ist natürlich eine Frage, die dem pflichtmäßigen richterlichen Ermessen zusteht. Nicht ein allgemeiner, ohne Unterschied anzuwendender Schematismus ist richtig, sondern Behandlung der einzelnen Fälle möglichst nach ihrer besonderen Lage. Anders Eccius Bd. 4 § 261 Anm. 9.

11) Angeführtes Gesetz § 3 Abs. 2. Vgl. R. G. in Strafsachen Bd. 17 S. 187.

12) Kam. Ger. Bd. 6 S. 15. Es ist dies um deswillen unbedenklich, weil es dem Nachlaßrichter überlassen ist, nach freiem Ermessen zu befinden, welches Gewicht er auf eine durch Bevollmächtigte abgegebene Erklärung legen will.

13) Dies führt Korn in der angezogenen Abhandlung näher aus. Vgl. auch R. G. in Strafsachen Bd. 17 S. 187.

14) Angeführtes Gesetz § 3 Abs. 3. Früher stritt man hierüber.

überflüssig ist, so ist von solcher abzusehen, z. B. im Fall der Erbfolge des Vaters in den Nachlaß seines unmündigen, nach der Mutter verstorbenen Kindes.[15]

4. Zur Ergänzung des Nachweises kann das Gericht geeignetenfalls ein Aufgebot der unbekannten Erben unter der Verwarnung erlassen, daß nach Ablauf der in dem Aufgebot vom Richter anzusetzenden Frist die Ausstellung der Erbbescheinigung erfolgen werde. Ein Ausschlußurtheil ergeht nicht.[16]

5. Das Gericht hat dem Antragsteller, welcher sich als Erben ausgewiesen hat, eine Urkunde über seine Erbberechtigung auszustellen.[17] Dieselbe enthält das Ergebniß der Untersuchung, keine Begründung. Insbesondere muß nicht angegeben sein, durch welche Mittel sich das Gericht die Ueberzeugung von dem Erbrecht des Antragstellers verschaffte.[18] Liegt eine letztwillige Anordnung vor, durch welche die gesetzlichen Erben beschränkt werden, so ist auf dieselbe in der Bescheinigung hinzuweisen.[19] Ist ein Testament vorhanden, welches offenbar ungültig ist, z. B. wegen des Versterbens des eingesetzten Erben vor dem Erblasser, so darf dem gesetzlichen Erben die Erbbescheinigung nicht versagt werden.[20] Eben dies ist der Fall, wenn die näheren Erben entsagt oder die eingesetzten Testamentserben die Ungültigkeit des Testaments in einer öffentlichen Urkunde anerkannt haben.

6. Rechtsgeschäfte, die von Dritten mit dem in der Erbbescheinigung als Erben Benannten entgeltlich redlicher Weise abgeschlossen wurden, sind rechtsbeständig. Dies gilt auch von Zahlungen, die demselben von Nachlaßschuldnern geleistet wurden. Folgerecht legitimirt die Erbbescheinigung zur Klage gegen die Nachlaßschuldner, es sei denn, daß dieselben Gründe anführen, aus welchen sich die Erbbescheinigung als unzutreffend ergiebt. Auf Grund der vorgelegten Erbbescheinigung ist die Umschreibung von Rechten des Erblassers auf den Erben im Grundbuche zu bewirken. Kennt jedoch der Grundbuchrichter die Unrichtigkeit der Erbbescheinigung, so hat er die Eintragung nicht vorzunehmen.

---

15) Das Gesetz stellt allerdings seine Regel unbedingt auf. Aber dieselbe kann nur, wo dem Richter Zweifel bleiben, eintreten. Zur bloßen Form soll die eidesstattliche Versicherung nicht gemacht werden. Anderer Ansicht jedoch Kam. Ger. Bd. 13 S. 64.

16) Angeführtes Gesetz § 3 Abs. 5, § 4. Das Aufgebot ist zu erlassen, wenn ungewiß ist, ob nähere Verwandte vorhanden waren. Steht es fest, daß solche vorhanden waren, und ist nur zweifelhaft, ob sie noch leben, so ist die Erbbescheinigung bis zu deren Todeserklärung zu verweigern.

17) Angeführtes Gesetz § 5 Abs. 1, Kam. Ger. Bd. 4 S. 53. Ueber Erbunwürdigkeit siehe oben § 101 Ziff. II.

18) Johow App. Ger. Bd. 8 S. 62.

19) Vgl. Angeführtes Gesetz § 5 Abs. 2. Einen andern Fall siehe § 124 Anm. 13.

20) Kam. Ger. im Justizministerialblatt 1895 S. 31.

7. Der wahre Erbe kann sein Erbrecht gegenüber dem durch die Erbbescheinigung Legitimirten darthun und deren Aufhebung durch Erkenntniß fordern. Auch kann er die Verurtheilung desselben zur Herausgabe der Erbbescheinigung verlangen. Gelingt es ihm indessen nicht, vorher einstweilige gerichtliche Verfügungen zu erwirken, so ist seine Lage eine gefährdete. Dritte, welche unredlicherweise mit dem in der Erbbescheinigung Benannten verhandelten, kann er in Anspruch nehmen. Bildet eine freigebige Verfügung unter Lebenden oder von Todeswegen den Gegenstand des Rechtsgeschäfts, so hat er insoweit auch einen Anspruch gegen den redlichen Erwerber, als dieser sich noch im Besitz des Erworbenen oder daraus bereichert findet.[21]

§ 229. Die Anerkennung letztwilliger Verfügungen.[1]

Die Geltung von Testamenten und Erbverträgen,[2] welche wegen wirklicher oder angeblicher Mängel oder späterer entkräftender Ereignisse bestritten sind, wird gesichert durch Anerkennung Seitens dessen, welcher zunächst bei der Ungültigkeit interessirt wäre.

1. Diese Anerkennung besteht in einem einseitigen Akt, wenn sie vom nächsten gesetzlichen Erben, welcher zugleich der Testamentserbe ist, ausgeht, so daß sie nur den Zweck hat, die Belastungen, welche der Erblasser anordnete, unanfechtbar zu machen. Dagegen bedarf es des Vertrages, wenn es sich darum handelt, durch Anerkennung Seitens des nächsten gesetzlichen Erben das Recht des von ihm verschiedenen Testamentserben oder Vertragserben zu bekräftigen.[3]

Das Anerkenntniß muß in der Regel ausdrücklich und schriftlich sein.[4] Doch wird einer ausdrücklichen Anerkennung des Testamentes gleich geachtet,

21) Angeführtes Gesetz § 6. — Wäre die Erblegitimation von einem unzuständigen Gericht ausgestellt, so würde sie den Dritten nicht schützen. Auch dann ist derselbe nicht geschützt, wenn die Erbbescheinigung in die Hand eines nicht in derselben Benannten kommt und dieser die Erbschaftsschuld einzieht.

1) L. R. I, 12 § 611 ff. Schmidt Anerkennung letztwilliger Verordnungen im Archiv für civil. Praxis Bd. 56 S. 298 ff. behandelt auch preußisches Recht eingehend. Vgl. ferner Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 134 ff. Francke Archiv für c. Praxis Bd. 19 n. 7, Bähr, Anerkennung § 51, Dedekind die Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen 1872. Dernburg Pand. Bd. 3 § 96 Ziff. 2.

2) Was von der Anerkennung eines Testaments gilt, trifft auch den Erbvertrag, vgl. Striethorst Archiv Bd. 77 S. 181.

3) Vielfach bezeichnet man nur die vertragsmäßige Anerkennung des Testaments als rechtsverbindlich. So gemeinrechtlich Windscheid Bd. 3 § 566 unter 1 und allgemein auch für das preußische Recht Schmidt a. a. O. S. 297.

4) Die Ausdrücklichkeit wird besonders für die Anerkennung eines Testaments Seitens des verletzten Pflichttheilsberechtigten verlangt L. R. II, 2 § 438, sie wird aber als Regel für jede Anerkennung vorausgesetzt in L. R. I, 12 § 612. Die Nothwendigkeit der Schrift ergiebt sich daraus, daß in der Anerkennung zugleich ein Verzicht liegt. So insbesondere das Obertribunal im Erkenntniß vom 24. Juli 1848 abgedruckt bei Rönne zu L. R. I, 12 § 611 unter 5. Anderer Ansicht ist Schmidt a. a. O. S. 302.

wenn der Testamentserbe Vermächtnisse ohne Vorbehalt bezahlt hat, oder wenn der nächste gesetzliche Erbe Vermächtnisse aus dem Testament, in welchem ein Dritter zum Erben eingesetzt ist, ohne Vorbehalt angenommen hat.[5] Die Anerkennung eines Testaments, durch welches ein Dritter zum Erben eingesetzt wird, Seitens eines Mündels geschieht durch dessen Vormund unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts;[6] der Vater ist ohne solche Genehmigung befugt, die Anerkennung für sein minderjähriges Hauskind abzugeben.

2. Die Anerkennung, von der es sich hier handelt, setzt voraus, daß das fragliche Testament bereits eröffnet ist, da erst von jetzt an dessen Geltung in Frage steht.[7] Doch kann ein noch mit dem Erblasser selbst abgeschlossener Anerkennungsvertrag analoge Wirkungen haben.[8]

3. Die Anerkennung kann in einem Vergleich zwischen den Erbprätendenten enthalten sein. Sie bildet aber keineswegs nothwendig einen Vergleich, welcher nur im Fall gegenseitiger Zugeständnisse anzunehmen ist. Ihr Grund kann Freigebigkeit sein, aber nothwendig ist auch dies keineswegs. Es liegt in der Anerkennung stets zugleich ein Verzicht auf wirkliche oder doch angebliche und mögliche Rechte, aber ihre Wirkung ist hierauf richtiger Ansicht nach nicht beschränkt.

4. Die erheblichste Frage bezüglich der Anerkennung der Testamente ist, ob dieselbe bloß negativ wirkt oder ob sie dem Testament eine Befestigung auch gegenüber Dritten giebt. Diese Frage entsteht nicht, wenn die Willensverordnung an sich rechtsbeständig und nur der Anfechtbarkeit Seitens des Anerkennenden ausgesetzt war, da dann die Geltung des Testamentes auch Dritten gegenüber außer Zweifel ist. Streitig ist die Wirkung der Anerkennung aber, wenn die fragliche Willensverordnung angeblich nichtig ist, z. B. weil sie wesentlicher Formen entbehre oder weil dem Erblasser die Testirfähigkeit fehle.[9] Ueberwiegend nimmt man an, daß sich dann der An-

---

5) L. R. I, 12 § 612. Dies bezieht sich nur auf die Form. Es muß außerdem aus der fraglichen Handlung nach Lage der Umstände eine Anerkennung entnommen werden können, Entsch. des O. Trib. Bd. 41 S. 201.

6) Vgl. Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 42 Ziff. 14.

7) Striethorst Archiv Bd. 54 S. 117.

8) Striethorst Archiv Bd. 18 S. 338 ff.

9) Das römische Recht behandelt die Frage nur für den Fall eines Vergleichs zwischen Intestaterben und Testamentserben und zwar finden sich zwei Entscheidungen des Juristen Scaevola, die sich angeblich widerstreiten und deshalb zu sehr verschiedenen Vereinigungsversuchen Veranlassung gaben. In der l. 3 pr. D. de transactionibus 2, 15 wird ausgeführt: privatorum pactionibus non dubium est, non laedi jus caeterorum: quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademtae, dagegen entscheidet l. 14 D. eod.: controversia inter legitimum et

erkennende zwar seinerseits der Nichtigkeitsklage begebe, daß aber die nichtige Verfügung um deswillen an sich nicht wirkungskräftig werde,[10] da nur der in gesetzlicher Form erklärte Wille des testirfähigen Erblassers Kraft gegenüber Jedermann habe. Logisch und folgerecht mag diese Ansicht sein, aber der absoluten Natur der Erbfolge, dem Zweck der Anerkennung und den Anforderungen des praktischen Lebens entspricht sie nicht.[11] Es ist vielmehr anzunehmen, daß die letztwillige Verfügung durch die Anerkennung positiv Geltung auch gegen Dritte gewinnt, wie wenn sie an sich rechtsbeständig wäre. Vorausgesetzt ist natürlich, daß sie derjenige anerkannt hat, welchem die Verfügung zunächst entgegensteht, weil er ohne sie Intestaterbe oder in einem früheren Testamente als Erbe berufen war. Ging also die Anerkennung von dem-

---

scriptum heredem orta est eaque transactione facta certa lege finita est: quaero creditores quem convenire possunt? respondit, si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, id observandum esse de aere alieno, quod inter eos convenisset; si alii creditores essent propter incertum successionis, pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus actionibus conveniendus est. Häufig erklärt man die Sache so, daß die erste Stelle von einem bloß rescissibeln Testament rede, daß daher die Legatare und Gläubiger, weil durch den Vergleich die wirkliche Rescission abgewendet sei, sich nach wie vor an den Testamentserben halten könnten, die l. 14 dagegen handele von einem angeblich nichtigen Testament und hier seien Legatare und Gläubiger an den Vergleich gebunden, da es bei der objektiven Ungewißheit der Rechtsbeständigkeit des Testaments das Natürlichste sei, für die übrigen Interessenten dieselbe Norm entscheiden zu lassen, welche die Hauptinteressenten für sich anerkannt haben. So namentlich Vangerow Bd. 2 § 457. Windscheid Bd. 3 § 566 Anm. 3 will dagegen, da er es für unbillig hält, die Gläubiger durch den Vergleich der Hauptinteressenten zu binden, nur ein Recht, nicht die Pflicht der Gläubiger anerkennen, den Vergleich zur Grundlage zu machen, was aber mit der einleitenden Frage und der Gesammthaltung der Stelle durchaus nicht stimmt. Das Richtige ist, zwischen Legataren und Gläubigern des Erblassers zu unterscheiden. Würden die Ersteren durch den besprochenen Vergleich gebunden, so würden sie, wenn das Testament wirklich gültig gewesen wäre, in ihrem Recht selbst verkürzt, für sie würde die Rechtskraft des Vergleiches eine wahre Läsion herbeiführen. Dagegen handelt es sich für die Gläubiger nicht um das Recht selbst, sondern um die Person dessen, welcher ihnen gerecht werden soll und dies ist — auch mit Rücksicht auf das beneficium separationis — nicht so erheblich, daß man Bedenken tragen müßte, den Vergleich vorbehaltlich des Falls der Kollusion der Hauptinteressenten, ihnen gegenüber für bindend zu erklären. Vgl. Bolze Bd. 6 Nr. 754. Dies Alles ist nun aber auch für das preußische Recht anzuwenden, für die Legatare spricht den bezüglichen Satz aus L. R. I, 16 § 440 und 441, für die Erbschaftsgläubiger ergiebt er sich aus innerer Evidenz.

10) Für die bloß negative Kraft des Anerkenntnisses u. A. Eccius Bd. 4 § 256 Anm. 4, jedoch keineswegs ohne Bedenken, insbesondere aber R. G. Bd. 31 S. 243, Kam. Ger. Bd. 13 S. 109.

11) L. R. I, 12 § 611 bestimmt: „Der Erbe und Legatarius, welcher eine letztwillige Verordnung einmal anerkannt hat, kann deren Gültigkeit nicht weiter anfechten." Es ist zuzugestehen, daß die von uns vertheidigte absolute Kraft der Anerkennung in dieser Fassung keine Bekräftigung findet, allein es ist auch keine Ablehnung aus derselben heraus zu lesen. Die Frage ist offen geblieben. Uebrigens ist zu beachten, daß die Heilung der Mängel des Testaments durch Anerkennung im vorigen Jahrhundert die herrschende Theorie war, die man wohl bei Abfassung des Landrechts als selbstverständlich voraussetzte, vgl. Hellfeld jurispr. for. § 1427: convalescunt tamen hujusmodi nulla et injusta testamenta, si heredes ab intestato illa sponte agnoscunt.

jenigen aus, welcher dem Testament gegenüber an sich der gegebene Kontradiktor ist, so können Dritte deren angebliche Mängel nicht geltend machen.[12] Dabei ist aber natürlich an den Fall gedacht, daß es sich um eine Urkunde handelt, die sich äußerlich als Testament oder Kodicill oder Erbvertrag darstellt und denkbarerweise Kraft haben könnte. Auch darf nicht etwa eine Kollusion zum Nachtheil Dritter stattgefunden haben. Nach dieser Auffassung kann also der Testamentserbe seine Eintragung im Grundbuch fordern, wenn er dem Grundbuchrichter ein nicht zweifelfreies Testament vorlegt, daneben aber die Anerkennung der gesetzlichen Erben beibringt.[12a] Die Erbschaftsgläubiger können ferner nur den anerkannten Testamentserben in Anspruch nehmen und haben in der Regel keine Rechte gegenüber dem angeblichen gesetzlichen Erben.

5. Das Anerkenntniß einer letztwilligen Verfügung als solcher durch den in ihr berufenen Erben schließt keineswegs nothwendig die Anerkennung aller einzelnen getroffenen Verfügungen in sich.[13] Auch versteht es sich von selbst, daß der Erbe, welcher eine Erbschaft aus dem Testament angenommen hat, damit nicht die Rechtsbeständigkeit etwaiger Nachkodicille anerkennt.[14]

6. Die Anerkennung eines Testaments unterliegt der Anfechtung nach allgemeinen Grundsätzen, z. B. wegen Irrthums oder Betrugs. Auch kann sie entsprechend den beim Vergleich geltenden Normen darauf gestützt werden, daß der Grund der Ungültigkeit der letztwilligen Verfügung, auf welchen sich jetzt die Anfechtung begründet, erst nach dem Anerkenntniß zur Kenntniß des Anfechtenden gelangt sei.[15]

§ 230. Die Erbschaftsklage.[1]

I. Der Erbe kann beanspruchen, thatsächlich wie rechtlich in die Vermögensstellung des Erblassers einzutreten, so daß ihm Alles, was rechtlich

---

12) Vielfach kommt man zu einem ähnlichen Ergebniß, wie wir, auf anderem Wege. Gemeinrechtliche Schriftsteller führen nämlich aus, wenn der nächste Intestaterbe das Testament mittels Vertrages mit dem eingesetzten Erben anerkannt habe, so könne dies juristisch so aufgefaßt werden, als wenn der Intestaterbe die Erbschaft angetreten und sie dann sogleich an den Testamentserben veräußert habe, so daß die Grundsätze des Erbschaftskaufs einzutreten hätten, Mühlenbruch bei Glück Bd. 38 S. 134 ff. In dieser Art spricht sich auch Koch Erbrecht S. 690 aus. Das Unwahre dieser Konstruktion liegt auf der Hand. Der Anerkennende will in Folge der Anerkennung seinerseits mit der Erbschaft nichts zu thun haben und sich keineswegs persönlich mit weittragenden Verbindlichkeiten belasten, ohne hierfür in der Erbschaft ein Aequivalent zu haben.

12a) Vgl. aber Kam. Ger. Bd. 13 S. 109.

13) Striethorst Archiv Bd. 8 S. 221 ff.

14) Striethorst Archiv Bd. 32 S. 250.

15) L. R. I, 12 § 613.

1) A. G. O. I, 46 § 2 ff. Preußisches Recht stellt dar Korte, über die den Erben zustehenden Rechtsmittel, in Ulrichs Archiv Bd. 6 S. 177. Für das gemeine Recht Dernburg Pand. Bd. 3 § 172 und dort Angef.

oder faktisch zu dessen Nachlaß gehörte, zu Theil wird. Zur Durchführung dieses Anspruchs gab ihm das römische Recht die hereditatis petitio, mittels deren er die Herausgabe der Nachlaßsachen von Jedem erzwang, welcher ihm dieselben in Nichtanerkennung seines Erbrechts vorenthielt. So trat die vindicatio hereditatis neben die Vindikation des Eigenthums einzelner Sachen. Das Landrecht hat die Erbschaftsklage nicht grundsätzlich von der gewöhnlichen Vindikation unterschieden,[2] aber die Besonderheit dieses Klaganspruches mußte sich gleichwohl geltend machen.

II. Die preußische, und überhaupt die moderne Erbschaftsklage hat in höherem Maße einen präjudiziellen Charakter gewonnen, als derselbe der römischen hereditatis petitio innewohnte. Die letztere, als Vindikation des Nachlasses, setzte voraus, daß der Beklagte im Besitz von Nachlaßgegenständen war, deren Herausgabe Kläger forderte. Nach neuerem Recht ist es zulässig, die Frage des Erbrechtes zum ausschließlichen Gegenstand der Klage zu machen. So wenn sich der streitige Nachlaß im Gewahrsam des Gerichtes befindet, wenn der Erbschaftsstreit sich darum dreht, wer die gerichtliche Erbbescheinigung ansprechen darf, wenn unter Miterben über die Höhe der Erbschaftsantheile gestritten wird, um eine Grundlage für die Auseinandersetzung zu gewinnen.[3] Bezüglich der Voraussetzungen und der Wirkungen der Klage ist hiernach Folgendes hervorzuheben.

1. Klagen kann der Erbe und zwar der s. g. Universalerbe wie ein Theilerbe.[4] Nach römischem Recht mußte der Theilerbe regelrecht die Höhe des von ihm angesprochenen Erbtheils bestimmt bezeichnen, was mit dem Wesen der Klage als einer Vindikation in Verbindung steht.[5] Im neueren Recht ist es zulässig, zunächst bloß die Frage des Theilerbrechtes zur gerichtlichen Entscheidung zu bringen, und die Frage der Höhe dieses Theils weiterer Verhandlung vorzubehalten.[6] Nach römischem Recht hatte ferner der Universalfideikommissar nach Restitution der Erbschaft die Erbschaftsklage, weil er dann an Erbes Statt war.[7] Für das preußische Recht ist nicht

---

2) Es gelten also im Allgemeinen die Grundsätze des 15. Titels von Verfolgung des Eigenthums auch für die Erbschaftsklage.

3) Vgl. A. G. O. I, 46 § 2. Anders Eccius Bd. 4 § 279 Anm. 8.

4) Tit. Dig. si pars hereditatis petatur 5, 4.

5) Doch ließ man ausnahmsweise eine vindicatio incertae partis zu l. 1 § 5 D. eod.

6) Anders Eccius Bd. 4 § 279 Anm. 9. A. G. O. I, 46 § 6 verlangte allerdings, wenn dem Erbschaftsprätendenten sein Erbrecht überhaupt und zugleich allenfalls die angesprochene Quote bestritten werde, müßten in der Regel beide Punkte zugleich instruirt und entschieden werden; wenn jedoch der Streit über das Erbrecht auf einer Rechtsfrage beruhe, der Streit über die Höhe der Quoten auf einer weitläufigen faktischen Untersuchung, so könnten die Fragen getrennt werden. Derzeit ist dies Alles antiquirt. Vgl. R. C. P. O. § 276. —

7) l. 1 D. de fideicommissaria hereditatis petitione 5, 6.

zu bezweifeln, daß der fideikommissarische Erbsubstitut wie nach Eintritt des Falles, so auch schon vorher seine Erbberechtigung durch die Erbschaftsklage zur Geltung bringen kann, so wenn er die Eintragung seiner eventuellen Erbansprüche im Grundbuch gegen den Widerstand des Erben durchsetzen will. Endlich ist die Erbschaftsklage auch dem Erbschaftskäufer nicht zu versagen, da derselbe in alle Rechte und Pflichten des Erben tritt;[8] nach römischem Recht hatte nur der Käufer vom Fiskus die Erbschaftsklage.[9]

2. Beklagt werden kann mit der Erbschaftsklage Jeder, der sich mit dem Erbrecht des Klägers in Widerstreit setzt, sei es, daß er dasselbe bestreitet oder thatsächlich mißachtet. Die Klage kann gegen einen Nichtbesitzer gerichtet werden, wenn sie bloß präjudiciell sein soll und nur auf Anerkennung des Erbrechtes gerichtet ist. Um die Passivlegitimation des Beklagten zu erbringen, bedarf es solchenfalls aber der Darlegung, und im Bestreitungsfall des Beweises derjenigen Umstände, aus welchen sich das rechtliche Interesse des Klägers ergiebt, dem Beklagten gegenüber als Erbe anerkannt zu werden.[10]

In ihrer Gestalt als Vindikation setzt die Erbschaftsklage voraus, daß der Beklagte im Besitz von Nachlaßsachen ist, sei es aller oder auch nur einzelner. Der Ausdruck „Besitz“ ist hier in sehr weitem Sinne zu nehmen, denn es kann in solcher Weise auch belangt werden, wer Erbschaftsgelder verbraucht oder sonst erbschaftliche Werthe in sein Vermögen gebracht hat,[11] insbesondere auch wer in Folge des früheren Besitzes von Erbschaftssachen Klagrechte erwarb, die zum Nachlaß gehören,[12] ferner der Schuldner des Erblassers, welcher sich der Zahlung seiner Schuld weigert, weil er selbst der Erbe zu sein behauptet.[13] Die weitere Voraussetzung der erbschaftlichen Vindikation ist, daß der Beklagte pro herede besitzt,[14] d. h. sich selbst für den Erben erklärt oder doch pro possessore, also ohne einen Titel vorzuschützen, dem Kläger Nachlaßgegenstände vorenthält[15] und somit thatsächlich dessen Erbrecht mißachtet. Der Rechtsstreit gegen denjenigen, welcher einen

---

8) L. R. I, 11 § 454.

9) l. 54 pr. D. de her. pet. 5, 3.

10) So auch R. G. Bd. 8 S. 243.

11) l. 16 § 1, l. 25 § 18 D. h. t. 5, 3.

12) l. 16 § 4 D. h. t. Die Erbschaftsklage geht dann auf Abtretung der Klageansprüche.

13) l. 13 § 15, l. 14 ff. D. h. t. 5, 3 . . . et a juris possessoribus posse hereditatem peti constat.

14) l. 11 pr. D. h. t. 5, 3.

15) l. 11 § 1 ff. D. h. t. 5, 3. Auf feine, für das preußische Recht wohl nicht anwendbare Distinktionen führt l. 13 §§ 1, 8 D. h. t.

singulären Titel für seinen Besitz behauptet und nachweist,[16] gestaltet sich nicht als Erbschaftsklage, da der Nachweis des Klägers, daß er der Erbe sei und daß die angesprochene Sache thatsächlich dem Nachlaß des Erblassers zugehörte, demjenigen gegenüber nicht zum Siege führen kann, welcher ein besseres Recht als der Erblasser an der Sache behauptet und darthut. Dagegen ist die Erbschaftsklage gegen den Käufer der Erbschaft von einem angeblichen Erben zuständig.[17] Es kann auch mit ihr belangt werden, wer die Masse nicht für sich besitzt, z. B. der Testamentsvollstrecker durch den gesetzlichen Erben,[18] der Innehaber ist aber befugt, den Testamentserben in den Prozeß zu ziehen. Der Erbe ist berechtigt, gegen Jeden von mehreren Erbschaftsbesitzern gesondert zu klagen, wenn sie auch die Erbschaft auf Grund desselben Titels, z. B. eines angeblich nichtigen Testamentes, in Besitz nehmen.[19]

Nach römischem Recht war die Erbschaftsklage auch zuständig gegen den früheren Erbschaftsbesitzer, qui dolo desiit possidere und gegen den Nichtbesitzer, welcher liti sese obtulit. Nach preußischem Recht finden in solchen Fällen nur Schadensklagen statt, worüber bei der Vindikation einzelner Sachen das Nöthige bemerkt ist.

3. Den Gegenstand der Klage macht in allen Fällen die Anerkennung des klägerischen Erbrechtes aus. Hieran werden sich je nach der Sachlage sehr verschiedene Anträge anschließen.

Bei der Vindikation des Nachlasses handelt es sich um Feststellung dessen, was der Beklagte von Nachlaßsachen inne hat. Zu diesem Zweck liegt dem Beklagten dann, wenn Gründe für die Annahme bestehen, daß er Nachlaßsachen an sich nahm, die Verpflichtung ob, ein Nachlaßverzeichniß aufzustellen, durch welches er darlegen muß, was an ihn gelangte und was er noch inne hat, wogegen dem Kläger der Defektatorienbeweis und das Recht,

---

16) l. 4 C. in quibus causis cessat 7, 34. Vielfach wird im gemeinen Recht angenommen, daß schon die bloße Behauptung des Beklagten, er besitze titulo singulari, genüge, um ihn der Erbschaftsklage zu entbinden. Hiergegen hat sich unseres Erachtens mit Recht Zimmermann a. a. O. S. 457 erklärt. Wer eine vom Erblasser hinterlassene Sache dem als Erben Klagenden vorenthält, muß, wenn er sich nicht gefallen lassen will, dieselbe im Fall des Nachweises des Erbrechtes des Klägers herauszugeben, wie behaupten so auch darthun, daß ihm selbständige Rechtsbefugnisse an derselben zustehen. Vgl. Dernburg Pand. Bd. 3 § 172 Anm. 16.

17) Vgl. L. R. I, 11 § 454. Das Gleiche wird meist nach römischem Recht angenommen l. 13 § 4 D. h. t.

18) Vgl. Seuffert Archiv Bd. 23 n. 235. Auch der Nachlaßpfleger ist mit dieser Klage belangbar.

19) Vgl. übrigens Korte a. a. O. S. 188. Die Klagenhäufung wird dem Kläger meist vortheilhaft sein, nothwendig ist sie hier nicht.

den Offenbarungseid zu fordern, offen steht.[20] Demgemäß wird sich die Erbschaftsklage sehr häufig in ein doppeltes Verfahren auflösen, nämlich in die auf das Erbrecht des Klägers und die Besitznahme des Nachlasses durch den Beklagten gestützte Forderung der Legung eines Nachlaßverzeichnisses und in den an die Specifikation des Nachlasses sich anschließenden Rechnungsprozeß.

Der Beklagte ist gegenüber der Erbschaftsklage verbunden, herauszugeben, was im Eigenthum des Erblassers stand, auch wenn es zur Zeit seines Todes nicht im Besitz oder der Gewahrsam des Erblassers war, nicht weniger, was der Erblasser im Besitz oder im Gewahrsam hatte, auch wenn es ihm nicht zu eigen war;[21] ferner was sich aus dem Nachlaß von selbst entwickelte, sowie den Preis veräußerter Erbschaftssachen und das aus Erbschaftsmitteln für den Nachlaß Angeschaffte.[22] Früchte vermehrten nach römischer Anschauung den Nachlaß. Der unredliche Besitzer hatte die vorhandenen wie auch die versäumten zu ersetzen, der redliche Besitzer den Betrag seiner Bereicherung zu leisten.[23] Nach Landrecht haftet der unredliche Besitzer in gleicher Weise, dagegen erachtet man den redlichen wie bei

---

20) Ueber gemeines Recht vgl. Wach Zeitschrift für Rechtsgeschichte Bd. 7 S. 467; Zimmermann a. a. O. S. 436. R. G. Bd. 8 S. 164. Die A. G. O. I, 22 § 28 läßt den Offenbarungseid zu, wenn Jemand einen Inbegriff ganz oder theilweise anzeigen oder herausgeben soll; im § 29 Ziff. 3 werden Specialbestimmungen gegeben, die aber nicht erschöpfen sollen. Vgl. über die Bedeutung des „Sterbehauses“ R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1062. Siehe ferner R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 915. Das Einführungsgesetz zur R. C. P. O. § 16 Ziff. 3 hat die Landesgesetzgebung bezüglich des Offenbarungseides aufrecht erhalten; vgl. R. G. Bd. 16 S. 220. Der Offenbarungseid liegt unter Anderm ob Miterben, ferner den zunächst berufenen Erben, welche der Erbschaft entsagt haben, Fiduciarien, wie auch Testamentsvollstreckern, die in den Besitz des Nachlasses gelangten; siehe auch R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1062, Bd. 37 S. 915. Die Verpflichtung ist nicht unvererblich, vielmehr sind die Erben dieser Personen gleichfalls verbunden, ihr, soweit sie im Stande hierzu sind, Genüge zu leisten, Striethorst Archiv Bd. 80 S. 253. Die Ehefrau des Erblassers ist nur verpflichtet, den Nachlaß desselben, nicht das eigene Vermögen zu specificiren, da sie das Letztere auf Grund eines besonderen Titels innehält, Striethorst Archiv Bd. 10 S. 281.

21) l. 19 pr. D. h. t. 5, 3: quorum periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto vel commodatae depositaeve.

22) Gemeinrechtlich pflegte man zu sagen, daß bei der Erbschaftsklage der Grundsatz gelte: pretium succedit in locum rei, res in locum pretii. Wenn auch der erste Theil dieses Satzes richtig ist, vgl. l. 18 pr. D. h. t., so ist der zweite nur in beschränktem Maße wahr, l. 20 pr. § 1, l. 25 § 1 D. h. t. 5, 3, da die Anschaffung des Nachlasses wegen geschehen sein muß, wenn sie der Erbschaftsklage unterliegen sollen. In diesem Maße muß der Grundsatz auch für das preußische Recht zur Anwendung kommen, da der Nachlaß als Inbegriff gilt, an dessen Befugnissen und Lasten auch die in der Folge zuwachsenden oder einverleibten Stücke Theil nehmen, L. R. I, 2 § 36, vgl. L. R. II, 1 § 660, L. R. I, 9 § 498, Korte a. a. O. S. 193, oben Bd. 1 § 60 Anm. 11.

23) l. 40 § 1 D. h. t. 5, 3, l. 1 § 1 C. h. t. 3, 31.

der Specialvindikation für die vor der Klagerhebung gezogenen Früchte nicht für haftbar, auch wenn sie noch beim Beklagten vorhanden sind.[24]

Auch bezüglich des Abhandengekommenen, Verschlechterten, Vernachlässigten ist wie nach römischem Recht zwischen dem gutgläubigen und dem unredlichen Besitzer zu unterscheiden. Der redliche Besitzer hatte nach römischem Recht nur herauszugeben, um was er bei der Klaganstellung bereichert war.[25] Dies läßt sich auf das preußische Recht sehr wohl übertragen, da der jetzige Stand des Inbegriffes, auf welchen der Kläger dem gutgläubigen Besitzer gegenüber allein Anspruch hat, dem Betrag der Bereicherung dieses Besitzers gleich kommt. Der unredliche Besitzer steht für das geringste Versehen ein und hat auch die Folgen des Zufalls, welche den Nachlaß im Besitz des Klägers nicht getroffen haben würden, zu tragen.[26]

4. Nach römischem Recht konnte der gutgläubige Besitzer der Erbschaft Aufwendungen jeder Art auf die Erbschaft zur Aufrechnung bringen, auch wenn sie an und für sich nicht gerechtfertigt waren und ihr Ergebniß nicht mehr vorhanden war.[27] Das Gleiche ist nach preußischem Recht anzunehmen. Denn da der Nachlaß als Inbegriff und soweit er zur Zeit der Klageanstellung noch vorhanden ist, herausgegeben werden muß, so folgt, daß er sich seinem Betrag nach durch jene Auslagen minderte.[28] Der unredliche Besitzer kann nur Ersatz von nothwendigen Auslagen beanspruchen,[29] wohin auch die Beerdigungskosten des Erblassers gehören.

5. Kläger hat sein Erbrecht zu beweisen. Der Testamentserbe thut dies in der Regel durch Vorlegung des Testamentes, aus dem sich seine Erbeinsetzung ergiebt und durch Nachweis der Eröffnung desselben.[30] Der

---

24) L. R. I, 7 §§ 189, 190. Ebenso verhält es sich mit den Zinsen von Erbschaftskapitalien. Vgl. oben Bd. 1 § 246 unter 4, § 131.

25) l. 20 § 6, l. 25 § 11 D. de her. pet. 5, 3.

26) L. R. I, 9 § 240, l. 25 § 2 ff. D. h. t. 5, 3. Gemeinrechtlich ist bestritten, ob der malae fidei possessor der Erbschaft vor der Litiskontestation für Zufall zu haften habe, dagegen Francke a. a. O. S. 256 ff. Für das preußische Recht hat dies L. R. I, 7 § 241 festgestellt. Der unrechtfertige Besitzer jedoch haftet nur für mäßiges Versehen. L. R. I, 7 § 241.

27) l. 38, l. 39 D. h. t. 5, 3.

28) Meist geht man jedoch auf diesen Gedanken nicht ein und gewährt dem redlichen Besitzer nur Ersatzansprüche wegen nothwendiger und nützlicher Verwendungen nach der Regel von L. R. I, 7 § 204 ff., Korte a. a. O. S. 196.

29) L. R. I, 7 § 236, oben Bd. 1 § 248 im Text nach Anm. 9. Verbesserungen geben dem unredlichen Besitzer ein jus tollendi, vgl. L. R I, 7 § 238, etwas günstiger steht der unrechtfertige Besitzer, vgl. § 239 ebendaselbst. Es treten also die gewöhnlichen Grundsätze ohne Weiteres ein. Nach römischem Rechte konnte auch der malae fidei possessor hereditatis den Ersatz der impensae utiles wie der necessariae in Anspruch nehmen, l. 38 D. h. t. 5, 3.

30) A. G. O. I, 5 § 4 Nr. 6, oben § 215 bei Anm. 6.

Nachweis eines etwaigen Mangels oder der Aufhebung der Verfügung ist Sache des Beklagten. Wer ein gesetzliches Erbrecht als Verwandter des Erblassers beansprucht, hat das Verwandtschaftsverhältniß darzulegen und zu beweisen. Es ist Sache des Gegenbeweises des Beklagten, darzuthun, daß er selbst bessere Erbansprüche habe oder wenigstens Miterbe sei oder auch — denn dies genügt zur Abweisung der Erbschaftsklage — daß Dritte als nähere Verwandte oder in Folge Testamentes oder Erbvertrages die wahren Erben oder Miterben sind.[31][32] Für die Klageerhebung ist nicht nothwendig, daß der Kläger die gerichtliche Erbbescheinigung erlangt hat, und die Vorlegung einer solchen sichert ihn nicht gegenüber den Einreden des Beklagten.

Verlangt der Kläger die Herausgabe von Erbschaftssachen, so wird er des Weiteren Gründe darzuthun haben, welche den Beklagten zur Specifikation der Nachlaßsachen und zur Ableistung des Offenbarungseides verpflichten.[33] Es steht ihm indessen auch frei, hiervon abzusehen und seinerseits zu beweisen, daß Beklagter gewisse Erbschaftssachen inne hat.

6. Die Erbschaftsklage kann nach Wahl des Klägers im Wohnsitz des Beklagten oder auch in dem letzten Wohnsitz des Erblassers angestellt werden. Dies gilt ohne jede Beschränkung.[34]

7. Die rechtskräftige Entscheidung über die Erbschaftsklage macht Rechtskraft zu Gunsten von Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern.[35] Sie hat keine Rechtskraft gegenüber Erbprätendenten, welche sich beim Prozeß nicht betheiligt hatten.[36][37]

---

31) Wendet der Beklagte ein und beweist, daß nähere Verwandte geboren wurden, so ist es Sache des Klägers darzuthun, daß sie verstarben oder verzichteten. R. G. Bd. 8 S. 171.

32) Auch der Fiskus muß nicht beweisen, daß kein zur Erbfolge Berufener vorhanden ist. Der Fiskus kann Erbansprüche freilich erst nach vorgängigem Aufgebot geltend machen. Meldet sich in dem Verfahren kein Erbe, so stellt das Ausschlußurtheil das Recht des Fiskus fest. Meldet sich in demselben ein angeblicher Erbe und werden ihm daher im Ausschlußurtheil die Rechte am Nachlaß vorbehalten, so muß derselbe sein Erbrecht nachweisen. L. R I, 9 § 482, II, 16 § 24, R. G. Bd. 8 S. 243.

33) Siehe oben Anm. 20.

34) Nach römischem Recht ist bestritten, ob die Erbschaftsklage am Ort der belegenen Sache anstellbar war nach l. un. C. ubi de hereditate agatur 3, 20 und der nov. 69 cap. 1, vgl. unter Anderm Arndts vermischte Schriften Bd. 2 S. 381. Die A. G. O. I, 2 § 125 ließ Ansprüche wegen eines Erbrechtes in dem Gerichtsstande der Erbschaft so lange zu, als daselbst noch ein Theil des Nachlasses vorhanden war. Die R. C. P. O. § 28 Abs. 1 erkennt die Zulässigkeit der Erbschaftsklage im letzten Wohnsitz des Erblassers unbedingt an.

35) Vgl. oben Bd. 1 § 138 unter 3. Bd. 3 § 145 Anm. 4.

36) Striethorst Archiv Bd. 12 S. 61.

37) Die Erbschaftsklage unterliegt der gewöhnlichen Verjährung. Vgl. oben Bd. 1 § 164 Anm. 8. Dies gilt auch für die Erbschaftsklage auf einen Theil der Erbschaft. L. R. I, 17 § 76 steht nicht entgegen, vgl. unten § 245 Anm. 12.

§ 231. Uebergang des Eigenthums der Nachlaßsachen.

1. Unmittelbar mit dem Anfall der Erbschaft tritt der Erbe in alle vererblichen Rechte des Erblassers. Er wird insbesondere Gläubiger der Erbschaftsforderungen und Eigenthümer der Nachlaßsachen. Es ist nicht erfordert, daß er bereits in deren Besitz gekommen ist, und bei Nachlaßgrundstücken nicht vorausgesetzt, daß er die Eintragung als Eigenthümer im Grundbuch erlangt hat. Die Eintragung verlautbart sein Eigenthum, begründet es aber nicht.[1] Immerhin giebt ihm erst die Eintragung die volle Verfügungsmacht. Denn nur durch sie erlangt er in der Regel die Befähigung zur Auflassung und zur dinglichen Belastung im Grundbuche.[2] [3] Für Miterben besteht das Ausnahmerecht, daß sie die Nachlaßgrundstücke auflassen können, auch ohne eingetragen zu sein.[4] Dies beruht auf der Absicht, die Auseinandersetzung der Erben zu erleichtern. Vorausgesetzt ist, daß der Erblasser eingetragener Eigenthümer war. Hypotheken und Grundschulden können Miterben vor ihrer Eintragung als Eigenthümer nicht begründen.

2. Der Erbe ist als Inhaber der Einzelrechte des Erblassers befugt, die einzelnen Nachlaßsachen mit s. g. Singularklagen von dem Erbschaftsbesitzer oder auch von Dritten in Anspruch zu nehmen. Wer indessen den Nachlaß als Ganzes besitzt und weitergehende Gegenansprüche hat, als er sie einer Einzelvindikation gegenüber geltend machen könnte ist zweifelsohne befugt, unter Vorlegung einer Specifikation über den gesammten fraglichen Besitz auch der Singularklage des Erben gegenüber alle diejenigen Aufrechnungen zu machen, die ihm gegen die Erbschaftsklage zuständen.[5]

3. Dritte sind gegen Vindikationen des wahren Erben gesichert, wenn ihr Rechtsvorfahr mittels Aufgebotsverfahrens den Erben ausschließen ließ,[6] oder eine gerichtliche Erbbescheinigung erlangt hatte,[7] vorausgesetzt immerhin,

1) Vgl. oben Bd. 1 § 186 im Text hinter Anm. 7.

2) Gesetz über den Eigenthumserwerb vom 5. Mai 1872 § 5 Abs. 1, § 19.

3) Freiwillige Belastungen des Grundstückes bedürfen zweifelsohne der vorgängigen Eintragung der Erben, Johow App. Ger. Bd. 8 S. 205. Ob das Gleiche auch behufs Eintragung einer Judikatforderung oder eines Arrestes oder eines Subhastationsvermerkes nöthig ist, ist aber streitig, vgl. Johow App. Ger. Bd. 5 S. 122 ff., S. 103, Bd. 6 S. 157 ff., Bd. 7 S. 212; siehe auch Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 14 Ziff. 3.

4) Gesetz über den E. E. § 5 Abs. 2, oben Bd. 1 § 241 bei Anm. 1.

5) Oben § 230 Ziff. 4. Nach römischem Recht hatte der mit einer Singularklage belangte Besitzer des Nachlasses pro herede, wie auch pro possessore, die exceptio ne praejudicium fiat hereditati, wodurch der Kläger auf die hereditatis petitio verwiesen wurde, vgl. Dernburg über das Verhältniß der hereditatis petitio zu den erbschaftlichen Singularklagen. S. 3 ff., S. 12 ff. Gaj. Inst. IV, § 133, l. 5 § 2, l. 13 § 4 D. h. t. 5, 3, l. 12 pr. C. h. t. 3, 31.

6) L. R. I, 9 § 495 ff.

7) Gesetz betreffend die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen vom 12. März 1869 § 6, oben § 228.

daß sie redlicher Weise und auf Grund eines lästigen Titels erwarben. Geschenknehmer bleiben in solchen Fällen auf den Betrag ihrer Bereicherung verbunden.[8]

§ 232. Die Verbindlichkeiten des Erben. Die Erbschaftssteuer.

I. Der Erbe hat das Haus des Erblassers zu versehen. Die Kosten des Begräbnisses desselben liegen in erster Linie ihm ob; nur soweit der Nachlaß nicht hinreicht, ist der überlebende Ehegatte, wenn er Vermögen hat, zur Tragung derselben verbunden.[1] Der Erbe ferner ist den Erbschaftsgläubigern verpflichtet und hat die Legate zu berichtigen, sofern nicht ein Anderer der letztwillig Belastete ist.[2] Er ist in seinem Wohnsitz belangbar. Außerdem sind Legatare befugt, ihre Ansprüche bei dem Gericht einzuklagen, bei welchem der Erblasser zur Zeit seines Todes seinen allgemeinen Gerichtsstand hatte; es haben die Nachlaßgläubiger dieses Recht wenigstens dann, falls sich der Nachlaß noch ganz oder zum Theil in diesem Gerichtsbezirk befindet oder noch nicht unter die Miterben getheilt ist.[3]

II. Dem Erben liegen Verbindlichkeiten gegenüber dem Staat hinsichtlich der Erbschaftssteuer ob, nicht bloß soweit er persönlich steuerpflichtig ist, sondern auch bezüglich der Anfälle aus dem Nachlaß an Andere.[4] Das Wesentlichste bezüglich der Erbschaftssteuer soll in Anknüpfung hieran dargestellt werden.[5]

---

8) L. R. I, 9 § 496.

1) L. R. II, 1 § 435. Nach römischem Recht lag die Last der Beerdigung in erster Linie den Erben ob, wenn aber eine Dos beim Tode der Frau an den Mann fiel, hatte dieser verhältnißmäßig beizutragen; in zweiter Linie war der Vater des Verstorbenen verpflichtet, in dritter der Ehegatte, l. 16, l. 20 § 1 ff., l. 28 D. de religiosis 11, 7.

2) Vgl. oben § 136 Buchst. b.

3) Vgl. R. C. P. O. § 28 Abs. 2. Die Klage muß gegen den Erben persönlich erhoben werden, es genügt nicht, den unbekannten Erben am letzten Wohnsitze des Erblassers zu belangen, Striethorst Archiv Bd. 73 S. 321 ff. Ueber die Vollstreckbarkeitserklärung eines gegen den Erblasser ergangenen Urtheiles gegenüber dem Erben vgl. R. C. P. O. §§ 665, 666, über Fortsetzung einer bereits begonnenen Zwangsvollstreckung vgl. R. C. P. O. § 693.

4) Gesetz vom 30. Mai 1873 mit Zusatzgesetz vom 19. Mai 1891, unterm 24. Mai 1891 in einheitlicher Redaktion neu publicirt.

5) Nach früherem preußischen Recht waren Erbrecesse unter Miterben stempelpflichtig, wobei übrigens nur der Stempel für Seitenverwandte erheblich war. Durch das Gesetz wegen der Stempelsteuer vom 20. November 1810 wurden geradezu Erbschaften, Vermächtnisse und ähnliche Anfälle als stempelpflichtig erklärt. Dem schloß sich das Gesetz vom 7. März 1822 an, vgl. § 9 desselben. Es wurde im § 17 bestimmt, daß die Gerichte verpflichtet seien, dafür zu sorgen, daß der Werth der stempelpflichtigen Erbschaften und Anfälle ausgemittelt und deren Lösung binnen gesetzlicher Frist bewirkt werde, nach § 18 des Gesetzes sollte kein Richter oder Notar bei eigener Vertretung der Steuer eine Handlung bezüglich der Erbschaften und ähnlicher Anfälle vornehmen, ehe

1. In Form der Erbschaftssteuer bezieht der Staat eine Quote des Betrages des Erwerbes von Todeswegen in Folge des Absterbens eines Preußen,[6] ohne Unterschied ob die Erwerber Inländer oder Ausländer sind. Steuerpflichtig sind hiernach Erbschaften, Vermächtnisse, Schenkungen von Todeswegen, ferner Lehns- und Fideikommißanfälle und durch Todesfälle erwachsende Hebungen aus Familienstiftungen.[7] Steuerfrei sind Anfälle unter 150 Mark, sofern nicht der Werth der zugefallenen Substanz lediglich durch die einem Anderen zugewendete Nutzung unter diesem Betrag bleibt; ferner Anfälle an Descendenten, Ascendenten und an den Ehegatten des Erblassers, sowie Zuwendungen an die in dessen Diensten im Haushalt stehenden Personen bis zum Betrage von 900 Mark; endlich Anfälle an den Fiskus, Orts- und Landarmenverbände, öffentliche Armen- oder ähnliche Anstalten, ausdrücklich vom Staat anerkannte milde Stiftungen,[7a] öffentliche Schulen und Universitäten, deutsche Kirchen- und Religionsgesellschaften mit juristischer Persönlichkeit.[8]

2. Die Steuer bemißt sich nach dem Betrag der Bereicherung des Pflichtigen. Die Berechnung geschieht nach dem gemeinen Werth unter Abzug der auf dem Erwerb ruhenden Lasten. Maßgebend ist die Zeit des Anfalles.[9] Erwerb unter aufschiebender Bedingung unterliegt der Besteuerung erst bei Eintritt der Bedingung. Fällt der einen Person die Substanz, einer anderen die Nutzung aus dem Nachlaß an, so kann Beides sofort geschätzt und versteuert werden, der Substanzerbe ist aber auch berechtigt, Aussetzung der Versteuerung

---

die Berichtigung des Stempels oder wenigstens die Kenntniß der Finanzbehörde von der fraglichen Handlung nachgewiesen war. Das Gesetz vom 30. Mai 1873, betreffend die Erbschaftssteuer, hat die nur historisch zu erklärende Anlehnung der Steuer an die Stempelsteuer fallen lassen. Die Gerichte ferner haben mit der Ermittelung und Erhebung der Erbschaftssteuer nichts mehr zu thun, dieselbe liegt vielmehr ausschließlich den Finanzbehörden ob. Nach dem Entwurf eines Stempelgesetzes von 1895 sind Erbrecesse stempelpflichtig.

6) Der Nachlaß von Inländern ist das Steuerobjekt; es kommt nicht in Betracht, ob sie ihren letzten Wohnsitz im Inlande hatten. Dies geht aus § 9 des Gesetzes hervor. Unter der Herrschaft des Stempelgesetzes vom 7. März 1822 hatte das O. Trib. entschieden, daß bezüglich des Erbschaftsstempels nicht das Unterthanenverhältniß des Erblassers, sondern der letzte Wohnort desselben maßgebend sei. Entsch. Bd. 55 S. 1 ff.

7) Vgl. Gesetz vom 24. Mai 1891 § 1. Schenkungen unter Lebenden, die schriftlich beurkundet sind, unterliegen einer Werthstempelabgabe. Dasselbe Gesetz § 4. Vgl. R. G. im J. M. Bl. 1895 S. 6.

7a) Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 1123.

8) Tarif zum Gesetz vom 24. Mai 1891 unter dem Titel „Befreiungen". Bei korrespektiven Testamenten, welche Verfügungen zu Gunsten Dritter nach dem Tode des Längstlebenden enthalten, kann es fraglich sein, welcher der Ehegatten als deren Erblasser zu erachten ist. Hierfür trifft besondere Bestimmungen das angeführte Gesetz im § 28.

9) Gesetz vom 24. Mai 1891 § 14.

bis zur Beendigung der Nutznießung zu fordern, so daß dann die Schätzung nach Maßgabe der Verhältnisse dieser Zeit geschieht. Bei fideikommissarischen Substitutionen wird der Fiduciar als Nießbraucher, der Fideikommissar als Substanzerbe behandelt; bei dem Fideikommiß auf den Ueberrest jedoch soll der volle Betrag des Anfalles an den Fiduciar und der volle Betrag des an den Fideikommissar herausgegebenen Vermögens der Steuer zu Grunde gelegt werden.[10] Was die Schätzung von Nutzungen, Renten und ähnlichen Bezügen anlangt, so sind immerwährende zum Zwanzigfachen zu kapitalisiren, während für lebenslängliche je nach dem Lebensalter des Bezugers das Sechzehnfache bis Zweifache gemäß näherer Bestimmung des Gesetzes als Werth berechnet wird. Erlischt die Nutzung oder Leistung schon innerhalb eines Jahres nach dem Anfall, so wird der Werth nach der wirklichen Dauer bestimmt, und das Zuvielgezahlte erstattet.[11]

Grundstücke und immobiliare Gerechtigkeiten außerhalb des Landes sind nicht steuerpflichtig, ebensowenig anderes im Auslande befindliches Vermögen eines Inländers, soweit es im Auslande einer Erbschaftssteuer unterliegt. Im Inlande belegene Grundstücke oder immobiliare Gerechtigkeiten eines Ausländers sind der Erbschaftssteuer unterworfen.[12]

3. Die Steuer geht von 1 % bis zu 8 %.

Mit 1 % wird versteuert Erwerb durch Personen, welche im Hausstande des Erblassers in einem Dienstverhältniß standen, sofern die Zuwendung in lebenslänglichen Nutzungen oder Leistungen besteht und mit Rücksicht auf die geleisteten Dienste geschah; mit 2 % der Erwerb von adoptirten oder eingekindschafteten Kindern des Erblassers oder von Geschwistern desselben oder Nachkommen der Geschwister; mit 4 % Erwerb anderer Verwandten einschließlich des 6. Grades, von Stiefkindern und deren Descendenten und Stiefeltern, Schwiegerkindern und Schwiegereltern, sowie von natürlichen, durch den Erzeuger erweislich anerkannten Kindern, und was zu gemeinnützigen öffentlichen Zwecken bestimmt ist; in allen anderen Fällen sind 8 % zu entrichten.[13]

4. Die Steuer lastet auf dem Erwerber, ihm liegt auch bei Strafe die Anmeldung des Erwerbes bei der Steuerbehörde binnen 3 Monaten nach Kenntniß des Anfalles ob. Der Anspruch auf die Steuer unterliegt einer

---

10) Gesetz vom 24. Mai 1891 § 27.

11) Dasselbe Gesetz § 15 ff.

12) Dasselbe Gesetz §§ 9, 10. Der in Preußen befindliche Mobiliarnachlaß eines Erblassers, welcher bei seinem Ableben Ausländer war, unterliegt der preußischen Erbschaftssteuer nicht; doch stellt das Gesetz im § 11 eine Retorsionsbestimmung für Fälle auf, in welchen der im Inland befindliche mobile Nachlaß eines Ausländers in das Ausland geht, vgl. R. G. Bd. 8 S. 232.

13) Tarif des Erbschaftssteuergesetzes.

zehnjährigen Verjährung von Ablauf des Kalenderjahres an gerechnet, in welchem sich der Anfall vollzog; amtliche, auf die Ermittelung der Steuer gerichtete Handlungen unterbrechen die Verjährung, sie läuft aufs neue nach Ablauf des Kalenderjahres, in welchem die letzte derartige Handlung vorgenommen ist. Zur Hebung gestellte Steuerbeträge verjähren in 4 Jahren. Wurde die Steuer sicher gestellt, so beginnt die Verjährung nach Ablauf des Jahres, in welchem die Sicherheit erloschen ist.[14]

5. Nichtgeschuldete Beträge können im Rechtswege nach den Grundsätzen des preußischen Rechtes über die Rückforderung nicht geschuldeter Stempelsteuern zurückgefordert werden. Es bedarf aber nicht, wie beim Stempel eines Vorbehaltes bei der Zahlung,[15] die Rückforderung kann auch auf Irrthum gestützt werden.

6. Den Erben liegt bei Strafe ob, der Behörde binnen 2 Monaten nach Ablauf der Anmeldefrist ein vollständiges Verzeichniß der steuerpflichtigen Masse einzureichen, ohne Unterschied, ob sie selbst Steuer zu entrichten haben oder ob dies nur anderen Bedachten obliegt. Des Weiteren sind die Erben für die Steuer von allen Anfällen aus dem Nachlaß solidarisch haftbar, jedoch nur in Höhe des von ihnen aus dem Nachlaß Erworbenen.[16] Hierdurch werden sie genöthigt, für die Entrichtung der Steuer zu sorgen, oder die Entrichtung auch geradezu aus dem Anfall des Steuerpflichtigen auf dessen Rechnung vorzunehmen.[17]

7. Der Finanzminister ist ermächtigt, ausnahmsweise von der Vorlegung des Verzeichnisses abzusehen und ein Aversionalquantum für die Erbschaftssteuer anzunehmen.[18]

§ 233. Absonderungsrecht der Erbschaftsgläubiger.[1]

I. Wenn der Erbe den Nachlaß unter der Rechtswohlthat des Inventars angetreten hat, so können die Erbschaftsgläubiger, falls der Nachlaß zahlungsunfähig ist, Konkurs über denselben eröffnen lassen,[2] bei welchem die Gläubiger des Erben nicht betheiligt sind; ist der Nachlaß zahlungsfähig, so

---

14) Gesetz vom 24. Mai 1891 § 50.

15) Dasselbe Gesetz § 42. Vgl. oben Bd. 2 § 290 Ziff. 2.

16) Dasselbe Gesetz § 29.

17) Das Vorrecht der R. K. O. § 54 Ziff. 2 ist anwendbar.

18) Gesetz vom 24. Mai 1891 § 40 Abs. 1. Ueber den Fall fortgesetzter ehelicher Gütergemeinschaft vgl. a. a. O. § 40 Abs. 2.

1) R. K. O. § 43, Motive zu derselben S. 221. L. R. I, 16 § 500. A. G. O. I, 50 § 272 ff. Preußische Konkursordnung § 37 n. 1, § 256 ff. Koch Forderungsrecht Bd. 1 S. 520 ff.

2) R. K. O. § 202 ff., oben § 226.

sind die Nachlaßgläubiger befugt, Sicherheitsmaßregeln zu betreiben, durch welche sie gegen die Konkurrenz mit Gläubigern des Erben gesichert werden und aus dem Nachlaß zuvörderst ihre Befriedigung erlangen.

Hat aber der Erbe ohne Vorbehalt des Inventars erworben, so unterliegen die Erbschaftsgläubiger schlechthin der Konkurrenz mit den Gläubigern des Erben. Denn Nachlaß und eigenes Vermögen des Erben sind zu einer Masse verschmolzen und die Gläubiger des Erben und des Erblassers werden nicht mehr unterschieden. Dies führt zur Benachtheiligung der Nachlaßgläubiger, wenn der Erbe überschuldet ist, während der Nachlaß zahlungsfähig war, oder wenn wenigstens der Erbe in höherem Maße überschuldet ist als der Nachlaß. Denn jene Gläubiger erhalten nunmehr nur die aus dem vereinigten Vermögen gewinnbare Konkursdividende, während sie vor dem Erbanfall auf vollständige oder doch auf bessere Befriedigung zählen konnten. Diese Beeinträchtigung ist aber um deswillen eine Härte, weil man bei Eingehung des Schuldverhältnisses wohl die Kreditwürdigkeit dessen, mit dem man kontrahirt, prüfen kann, nicht aber die des künftigen Erben, dessen Eintritt und Person nicht zu berechnen ist; und weil den Gläubigern des Erben durch dessen Erbfolge ein Vortheil zukommt, auf den sie nicht zählen konnten und sollten. So sah sich der römische Prätor veranlaßt, Gläubigern und Legataren in Fällen der Gefährdung die Absonderung des Nachlasses zu verstatten, um aus demselben vorzügliche Befriedigung zu gewinnen.[3] Dies Separationsrecht ist in das gemeine und das preußische Recht übergegangen. Die Reichskonkursordnung erkennt den Absonderungsanspruch der Nachlaßgläubiger und Vermächtnißnehmer wenigstens insoweit an, als ihnen ein solcher Anspruch nach den Bestimmungen der Landesgesetze zukommt.

II. Während nach römischem und gemeinem Recht den Nachlaßgläubigern das Separationsrecht nicht bloß im Fall des Konkurses des Erben, sondern auch bei anderer Gefährdung durch die Konkurrenz der Gläubiger des Erben zustand,[4] kennt das preußische Recht ein Absonderungsrecht nur, wenn der Erbe in Konkurs verfiel. Dies ist derzeitiges allgemeines Reichsrecht.[5]

a) Befugt, die Absonderung in Anspruch zu nehmen, sind Legatare wie Nachlaßgläubiger, insbesondere auch solche aus einer Freigebigkeit[6] des

3) l. 1 D. de separationibus 42, 6 pr. D. eod.

4) Buchka und Budde Entsch. Bd. 2 S. 277, auch in Seuffert's Archiv Bd. 12 n. 173, noch weiter geht Windscheid Bd. 3 § 607 Anm. 3 und dort angeführte Entscheidungen.

5) R. K. O. § 43. L. R. I, 16 § 500. Preußische Konkursordnung §§ 37, 256 ff. Die Nachlaßgläubiger haben das Absonderungsrecht auch wenn der Erbe unter Vorbehalt erwarb. In letzterem Fall sind sie jedoch, wenn der Nachlaß insufficient ist, berechtigt, einen selbständigen Konkurs über den Nachlaß zu betreiben. — Vgl. weiter R. G. Bd. 24 S. 63.

Erblassers, auch Gläubiger bedingter und betagter Forderungen. Vorausgesetzt ist, daß die Berechtigten ihre Befriedigung vor Ablauf eines Jahres[7] nach dem Tode des Erblassers von den Erben oder auch vom Nachlaßpfleger gerichtlich gefordert und das Verfahren wider ihn bis zur Konkurseröffnung fortgesetzt haben.[8] Erbschaftsgläubiger, welche mit dem Erben eine Novation vornehmen, gehen hierdurch des Absonderungsrechtes verlustig.[9]

b) Die Absonderung betrifft die bei der Konkurseröffnung noch vorhandenen Nachlaßgegenstände. Dahin sind zu rechnen nicht bloß die dem Nachlaß zur Zeit des Todes des Erblassers zugehörigen Sachen, sondern auch deren spätere Accessionen und die an Stelle der ursprünglichen Nachlaßgegenstände tretenden Surrogate, z. B. ausstehende Kaufpreise verkaufter Erbschaftssachen.[10] Selbstverständlich gehören aber zu den vorhandenen Nachlaßgegenständen nicht Summen, die der Erbe eingezogen und verbracht hat.[11] Rechtshandlungen, welche der Erbe vor der Konkurseröffnung zum Nachtheil der absonderungsberechtigten Nachlaßgläubiger vornahm, sind rechtsbeständig und nur bei Vorhandensein der allgemeinen Voraussetzungen der Anfechtungsklage eines Gläubigers anfechtbar.[12]

c) Nach früherem preußischen Rechte mußten die Absonderungsberechtigten die Separation vor Ablauf der Anmeldungsfristen im Konkurse bei Strafe des Rechtsverlustes geltend machen;[13] die Reichskonkursordnung gedenkt einer solchen Ausschlußfrist nicht mehr. Der Antrag auf Absonderung ist also bis zur Beendigung des Konkurses möglich, er kann aber nur Wirkung haben, soweit noch Nachlaßgegenstände in der Masse sind.

d) Die Folge der Separation nach früherem Rechte war die thatsächliche Aussonderung der Nachlaßsachen aus der Konkursmasse und die Eröffnung

6) R. K. O. § 56 Ziffer 4 ist auf den Fall unseres Textes nicht anwendbar, vgl. oben § 145 Anm. 13.

7) l. 1 § 13 D. h. t. 42, 6 bestimmt eine Frist von 5 Jahren nach dem Erbschaftsantritt für die Separation.

8) L. R. I, 16 § 503.

9) So L. R. I, 16 § 504. Nach römischem Recht ging das beneficium schon dann verloren, wenn der Erbschaftsgläubiger dem Erben Kredit geschenkt hatte; nicht bloß also, wenn er novirte, sondern auch, wenn er sich Bürgen stellen ließ oder Zinsen annahm, während der Erblasser keine Zinsen oder geringere versprochen hatte, l. 1 §§ 10, 11, 15 D. h. t. Anders, wenn er ihn verklagte, trotz der in der Litiskontestation nach römischem Recht liegenden novatio necessaria, da dies aus Noth, nicht freiwillig geschah. l. 7 D. h. t., l. 2 C. de bonis auct. jud. 7, 72.

10) Vgl. oben § 230 Ziff. 3.

11) Vgl. A. G. O. I, 50 § 275: Auf dasjenige, was der Gemeinschuldner bereits veräußert, eingezogen, verzehrt oder sonst verwendet hat, können die Erbschaftsgläubiger ihr Separationsrecht nicht ausdehnen." Vgl. auch Völderndorff Konkursordnung Bd. 1 S. 477.

12) Vgl. l. 2 D. de separat. 42, 6, R. K. O. § 23 Ziff. 2.

13) Preußische Konkursordnung § 256.

eines Partikularkonkurses über dieselben. Seit der Reichskonkursordnung ist dies nicht mehr der Fall.[14] Die Absonderungsberechtigten können nur besondere Befriedigung aus den Nachlaßbestandtheilen verlangen. Der Konkursverwalter behält also im Fall der Absonderung die Gewahrsam und die Verwaltung der Nachlaßsachen, seine Aufgabe ist es, sie zu versilbern und aus denselben die absonderungsberechtigten Gläubiger und Legatare, soweit sie sich bei ihm melden, zu befriedigen. Selbstverständlich hat er die Nachlaßgläubiger vor den Legataren, die prioritätisch Berechtigten vor den gewöhnlichen Nachlaßgläubigern zu bevorzugen und unter die Letzteren die Erträgnisse verhältnißmäßig zu vertheilen.

e) Nachlaßgläubiger und Legatare, welche die Absonderung beantragt haben, können wie andere Absonderungsberechtigte auch Befriedigung aus der Gesammtmasse des Gemeinschuldners für den Betrag verlangen, zu welchem sie auf die abgesonderte Befriedigung verzichtet haben oder mit welchem sie in dieser ausgefallen sind.[15]

III. Im Gegensatz zum römischen Recht, aber übereinstimmend mit einer weitverbreiteten älteren Theorie, gab das preußische Recht auch den Gläubigern des Erben, welcher vorbehaltlos eine überschuldete Erbschaft übernommen hatte, ein Separationsrecht bezüglich des Vermögens ihres Schuldners.[16] Die Reichskonkursordnung hat dies stillschweigend beseitigt,[17] da die Gläubiger des Erben, welcher ungünstige Geschäfte einging, sich selbst zuzuschreiben haben, daß sie einem Kreditunwürdigen vertrauten;[18] die Gläubiger des Erben sind aber selbstverständlich durch die Konkurrenz der Erbschaftsgläubiger dann nicht betroffen, wenn der Erbe unter der Rechtswohlthat des

---

14) R. K. O. § 43. Die Motive des Entwurfes der R. K. O. S. 222 und 223 führen aus, daß auch bei Insufficienz des Nachlasses im Fall der Absonderung an sich ein Konkurs nicht eröffnet werden könne. Die Nachlaßsachen blieben rechtlich einzelne Sachen, durch den vorbehaltlosen Erbschaftserwerb habe der Nachlaß das Wesen einer Vermögenseinheit verloren, nur wenn der Erbe Beneficialerbe sei, könne die Insufficienz des Nachlasses zu einem Konkurse über den Nachlaß führen.

15) R. K. O. § 57 — oben Bd. 2 § 121 bei Anm. 7 und 8 — ist auch hier anwendbar. Nach römischem Recht war die Frage bestritten, ob die Erbschaftsgläubiger, welche die Separation erlangt hatten, sich später noch an das Vermögen des Erben halten könnten. Verneint wird die Frage in der l. 1 § 17, l. 5 D. h. t., bejaht von Papinian in der l. 3 § 2 eod. Nach preußischem Recht konnten die absonderungsberechtigten Gläubiger ihre Ansprüche auch gegen die Konkursmasse des Erben geltend machen, A. G. O. I, 50 § 278, Preußische Konkursordnung § 39.

16) L. R. I, 16 § 507 ff. Preußische Konkursordnung § 37 Ziffer 2, §§ 260, 261.

17) Vgl. R. K. O. § 43, Motive des Entwurfes S. 223.

18) So urtheilt bereits Ulpian in der l. 1 § 2 D. h. t. nam licet alicui adjiciendo sibi creditorem creditoris sui facere deteriorem conditionem. Freilich hat die Schlußfolgerung an ihrer Kraft verloren, seit die Rechtswohlthat des Inventars eingeführt ist, deren Verabsäumung beim Erwerb überschuldeter Erbschaften ein Verschulden des Erben gegen seine Gläubiger darstellt.

Inventars erwarb. Ist diese Wohlthat noch zu erlangen oder zu wahren, so hat der Konkursverwalter hierfür bemüht zu sein.[19]

Fünftes Kapitel.

Die Veräußerung des Erbrechts und der Erbschaft.

§ 234. Allgemeine Rechtsnachfolge durch Erbschaftsverkauf.[1]

I. Das römisch-justinianische Recht kannte keine Veräußerung des Erbrechtes. Denn die Eigenschaft als Erbe galt nach der Regel semel heres, semper heres als untrennbar an die Person dessen geknüpft, der sie einmal erlangt hatte.[2] Nur eine Veräußerung der Erbschaft als Summe der einzelnen Nachlaßsachen war zulässig, so daß eine Universalsuccession nicht eintrat. Hiernach wurde der Käufer einer Erbschaft Eigenthümer der Erbschaftssachen erst durch deren Uebergabe,[3] er erhielt die Nachlaßforderungen durch Cession[4] und war den Erbschaftsgläubigern nicht verhaftet.[5] Die Erbschaftsgläubiger konnten sich nur an den Verkäufer, als den Erben ihres Schuldners, halten.

In der gemeinrechtlichen Praxis kam überwiegend zur Anerkennung, daß die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer berechtigt seien, gegen den Käufer der Erbschaft zu klagen.[6]

---

19) Dies erkannte bereits A. G. O. I, 50 § 285 b als zulässig an.

1) L. R. I, 11 § 445 ff. Gemeinrechtlich Avenarius der Erbschaftskauf im römischen Recht, 1877. Dernburg Pand. Bd. 3 § 168.

2) Das ältere römische Recht ließ eine in jure cessio des Rechtes auf den Erwerb einer noch nicht angetretenen, aber angetragenen hereditas legitima zu. Gaj. Inst. II, § 35. Ob die Befugniß einer derartigen Uebertragung der Berufung in das justinianische Recht überging, ist bestritten, da die l. 4 § 28 D. de doli mali exceptione 44, 4, welche ursprünglich auf diesem Institut beruhte, im justinianischen Recht allerdings folgerecht auf ein derartiges Rechtsverhältniß zurückführt. Dem gemeinen Recht ist jedoch ein solches auf der Entwickelung des älteren römischen Rechtes beruhendes, nur aus den vorjustinianischen Quellen zu erkennendes Recht fremd.

3) l. 6 C. h. t. Qui tibi hereditatem vendidit, antequam res hereditarias traderet, dominus earum perseveravit et ideo vendendo eas aliis dominium transferre potuit.

4) l. 5 C. h. t. Die Schuldner sind durch die bloße Kenntniß auch ohne Denuntiation nach l. ult. D. de transactionibus 2, 15 gebunden.

5) l. 2 C. h. t. . . quamvis ea lege emerit, ut creditoribus hereditariis satisfaciat, excipere tamen actiones hereditarias invitus cogi non potest.

6) Vgl. Delbrück die Uebernahme fremder Schulden S. 81 ff., Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 267 ff. Einer dahingehenden Meinung von Christinaeus und Groenewegen tritt u. A. Voet ad P. 18, 4 n. 6 wenigstens mittelbar bei, für diese Ansicht waren die sächsischen Prakker, ebenso die kurhessische Praxis, das württembergische Recht — Lauterbach adP and. 18, 4 § 17 — ferner das bayerische Landrecht cod. Max. Bav. Th. 4 Kap. 4 § 7. Richtig ist aber, wenn Avenarius a. a. O. S. 94 bemerkt, daß die Behauptung einer gemeinen deutschen Praxis eine keineswegs unbestrittene ist.

II. Nach preußischem Rechte steht es dem Erben grundsätzlich frei, sein Erbrecht selbst oder eine Quote desselben zu verkaufen.[7] In Folge dieses Geschäftes, welches das Landrecht den wirklichen Erbschaftskauf nennt,[8] tritt der Käufer mit dem Abschluß in alle Rechte und Pflichten des Erben;[9] er wird mittelbarer Universalsuccessor des Erblassers.[10] Dies gilt auch für denjenigen, welcher von einem fideikommissarischen Substituten die Erbschaft erwarb.

In Folge des Abschlusses des Kaufes geht das Eigenthum der Erbschaftssachen auf den Käufer über, damit auch die Gefahr.[11] Allerdings ist der Verkäufer zur Naturalübergabe verbunden, dies bezweckt aber nur, wie das Gesetz ausdrücklich hervorhebt, dem Käufer die thatsächliche Herrschaft über die Erbschaftsstücke zu verschaffen.[12] Hiernach ist klar, daß auch das Eigenthum von Nachlaßgrundstücken auf den Käufer der Erbschaft ohne Auflassung übergeht.[13] Das Verhältniß zwischen dem Erbschaftskäufer und den

---

7) L. R. I, 11 § 447. Miterben haben nach L. R. I, 17 § 65 ein Vorkaufsrecht R. G. Bd. 33 S. 297.

8) L. R. I, 11 §§ 447, 454.

9) L. R. I, 11 § 454.

10) Förster Bd. 1 § 98 Anm. 21 nimmt an, der Erbschaftskauf sei seinem Begriff nach Singularsuccession. Aehnlich Göppert Miteigenthum S. 123. Unger östreich. Erbrecht § 49 Anm. 3 S. 223 findet, daß ein Uebergang des Erbrechtes, also eine Universalsuccession nicht eintrete, denn diese würde voraussetzen, daß der Veräußerer von den Erbschaftsschulden ohne weiteres frei werde und daß der Erwerber proprio jure die erbschaftlichen Klagen aktiv und passiv habe, wie dies nach römischem Recht beim Verkauf der Erbschaft durch den Fiskus der Fall war, l. 1 C. h. t. 4, 39, l. 41 D. de jure fisci 49, 14. Man sei also in vollkommener Selbsttäuschung, wenn man meine, nach preußischem Recht werde das Erbrecht selbst veräußert und gehe auf den Käufer über. Diese Schlußfolgerung ist nicht zutreffend. Die Frage, ob der Käufer Universalsuccessor wird, ist nach seinen Rechten und Pflichten zu entscheiden, ihre Bejahung ergiebt sich unzweideutig aus L. R. I, 11 §§ 474, 475, wie aus § 447. Daß der Verkäufer daneben den Gläubigern haftbar bleibt, daß überhaupt erworbene Rechte Dritter nicht berührt werden, kann für die Rechtsstellung des Käufers nicht entscheiden. Auch liegt hier keine Inkonsequenz, sondern eine Verbindung zweier berechtigter Grundgedanken vor. Engels bei Johow App. Ger. Bd. 7 S. 360 erachtet es freilich für undenkbar, daß Jemand sein Erbrecht, seine persönliche Rechtseigenschaft als Erbe, veräußere, Gegenstand des Erbschaftskaufes könne daher nur der Nachlaß sein, was er von dieser petitio principii aus auch für das Landrecht darzuthun sucht. Vgl. Eccius Bd. 2 § 129, Bd. 4 § 277 Anm. 19 ff.

11) L. R. I, 11 § 474.

12) L. R. I, 11 § 475.

13) Entsch. des O. Trib. Bd. 80 S. 261. Vgl. Johow App. Ger. Bd. 4 S. 72, Bd. 5 S. 87, Bd. 6 S. 126 ff. Das Kammergericht fand bei Johow App. Ger. Bd. 6 S. 123 — entgegen seiner Entscheidung Bd. 4 S. 72 — daß es der Auflassung an den Erbschaftskäufer bedürfe, da dieselbe nach § 1 des Gesetzes vom 5. Mai 1872 bei jeder freiwilligen Veräußerung nothwendig sei. Allein jene Gesetzesbestimmung bezieht sich nur auf die freiwillige Veräußerung eines Grundstückes, hier aber ist das Erbrecht veräußert. Die entgegengesetzte Ansicht sucht auch Engels bei Johow a. a. O. Bd. 7 S. 358 zu vertheidigen, aber die Prämissen, von denen er ausgeht, sind nicht haltbar. Vgl. noch oben § 37 Anm. 7. Kamm. Ger. Bd. 11 S. 131 und 135. Eccius Bd. 4 § 277 Anm. 41 ist zwar im Allgemeinen mit uns einverstanden, behauptet aber die Auflassung

Erbschaftsschuldnern ist nach den bei der Cession geltenden Grundsätzen zu beurtheilen,[14] einer Cession bedarf es aber zum Uebergang der Forderung nicht. Die Erbschaftsgläubiger und Legatare behalten zwar die Befugniß nach wie vor, den Verkäufer zu belangen, da ihre Rechte durch den ohne ihr Zuthun abgeschlossenen Verkauf nicht beeinträchtigt werden können, sie sind aber auch berechtigt, sich an den Käufer als Schuldner zu halten.[15] Wenn sie ihre Klage gegen den Käufer allein richten, bedarf es zur Erhaltung ihres Rechtes gegen den Verkäufer eines ausdrücklichen Vorbehaltes in der Klage gegen den Käufer, welcher dem Verkäufer gerichtlich bekannt gemacht werden muß.[16] Der Erbschaftskäufer ist, wenn der Erbe der Wohlthat des Inventars entsagt hat oder derselben durch Nichterrichtung verlustig wurde, auch über den Betrag der Masse hinaus haftbar.[17] Hieran ändert nichts, wenn er seinerseits ein Inventar errichtet, nachdem die dem Erben laufenden

an den Erbschaftskäufer sei nöthig, wenn sich der Erbe bereits als Eigenthümer im Grundbuch eintragen ließ, weil damit der Erbe das Grundstück als sein Eigenthum aus der Erbschaft ausgeschieden habe. Wäre das richtig, so wäre das Grundstück nicht mit der Erbschaft verkauft. Es ist aber unrichtig. Wenn der Vorerbe sein Eigenthum an einem Erbschaftsgrundstück eintragen ließ, geht es gleich wohl mit Eintritt des Substitutionsfalls auf den Nacherben über. Aus der Erbschaft ausgeschieden ist es durch solche Eintragung also nicht.

14) L. R. I, 11 § 471. Die Erbschaftsforderungen gehen nicht durch Cession über — wie Unger a. a. O. § 49 Anm. 3 vermeint — aber die Erbschaftsschuldner, welche durch ein ohne ihr Zuthun abgeschlossenes Geschäft nicht leiden können, haben dieselben Rechte wie im Fall einer Cession. Sie können daher auch in demselben Maße wie einem Cessionar gegenüber Gegenforderungen zur Aufrechnung bringen, welche sie gegen den Verkäufer erwerben, vgl. L. R. I, 11 § 472.

15) L. R. I, 11 §§ 462, 463, oben Bd. 1 § 60 Anm. 12.

16) Vgl. L. R. I, 11 §§ 464, 465. Das Vorbild dieser Bestimmungen ist in l. 2 C. de pactis 2, 3 zu suchen, vgl. auch Hymmen Beiträge Bd. 7 S. 73. Der Vorbehalt muß mit der Klage gegen den Käufer verbunden werden. In der Klage gegen den Erbschaftskäufer sah man einen Verzicht auf die Klage gegen den Erben. Doch soll die gesetzliche Vermuthung dieses Verzichtes wegfallen, wenn sich der Gläubiger sein Recht gegen den Verkäufer vorbehält und zwar in der Klage. Eccius Bd. 4 § 278 Anm. 73 ist dies unverständlich. Verklagt der Gläubiger Verkäufer und Käufer gleichzeitig, so bedarf es des Vorbehaltes nicht. Eine außergerichtliche Zahlungsaufforderung steht der Klage nicht gleich, da dieselbe eine bloße Vorbereitung zur Beitreibung ist. Annahme einer Theilzahlung vom Käufer entzieht dem Gläubiger nicht das Recht, den Rest vom Verkäufer zu fordern, Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 278 ff.

17) Koch zu § 463 des Titels hat behauptet, der Käufer werde nicht persönlicher Schuldner der Gläubiger, er hafte nur als Besitzer der Erbschaft, denn Aktiv- und Passivschulden gingen als obligationes rei mit dem Inbegriff über. Daher sei dem Käufer das, was der Verkäufer vor dem Verkauf etwa gethan oder unterlassen habe, nicht präjudicirlich. Habe der Verkäufer die Erbschaft selbst ohne Vorbehalt der Rechtswohlthat angetreten, so könne er hierdurch den Käufer nicht zum persönlichen Schuldner der Gläubiger machen. Förster, welcher Bd. 1 § 102 Anm. 21 S. 682 dem beigetreten war, hat diese Ansicht ausdrücklich Bd. 4 § 277 Anm. 69 S. 357 zurückgenommen, damit stimmt Eccius a. a. O. Anm. 71 überein. Dies mit Recht, denn es ist die Absicht beim Verkauf, daß der Käufer den Verkäufer vollständig entlaste und an seine Stelle trete, und dem entspricht die Vorschrift von L. R. I, 11 § 454.

Fristen verflossen sind.[18] Der Erbschaftskäufer bleibt den Erbschaftsgläubigern und Vermächtnißnehmern auch dann verpflichtet, wenn er den Nachlaß als Ganzes weiter verkauft.[19]

Die dargestellte Universalsuccession ist dadurch bedingt, daß der Erbe sein Erbrecht oder eine Quote desselben veräußert; sie tritt nicht ein, wenn er die Nachlaßsachen als solche veräußerte.[20] In welchem Sinne der Kauf geschlossen wurde, ist Absichtsfrage; die gebrauchten Ausdrücke allein werden nicht immer maßgebend sein; die Uebereignung des Erbrechts ist damit wohl verträglich, daß sich der Verkäufer einzelne Nachlaßsachen vorbehält.[21] Dagegen liegt kein Verkauf des Erbrechts vor, wenn der Erbe bloß die im Erbschaftsinventar aufgeführten Sachen sämmtlich veräußert hat, es sei denn die Verweisung auf das Inventar nur der Erläuterung halber zugefügt.[22]

Die Veräußerung des Erbrechts kann richtiger Ansicht nach auch in anderer Weise als durch Erbschaftskauf stattfinden, obgleich das Gesetz bloß dieses, als des häufigsten Falles gedenkt. Wenn daher die Erbschaft im Wege des Tausches oder schenkungsweise abgetreten wird, hat der Erwerber Dritten gegenüber dieselbe Rechtsstellung wie ein Erbschaftskäufer.[23]

§ 235. Voraussetzungen, Inhalt des Erbschaftsverkaufes.

1. Das Landrecht hatte für den Erbschaftsverkauf Gerichtlichkeit erfordert.[1] Dies wurde aber durch das Gesetz vom 11. Juli 1845 beseitigt, so daß die für Verträge im Allgemeinen geltenden Formen genügen.[2]

---

18) So lange die dem Erben offen stehenden Fristen für die Inventarerrichtung noch laufen, werden sie selbstverständlich durch die Handlungen des Käufers gewahrt. Auch kann der Erbe richtiger Ansicht nach dem Vorbehalt nicht mehr entsagen, nachdem er die Erbschaft verkauft hat, da der Käufer an die Stelle des Erben getreten ist. Der Fall wird übrigens nicht leicht vorkommen. So lange die Frist hierzu dem Erben noch offen wäre, kann der Käufer, da er heredis loco steht, auch noch der Erbschaft entsagen; L. R. I, 9 § 420 steht nicht entgegen, weil der Verkäufer sich nicht als Erbe betragen, sondern seine Rechte, wie sie beschaffen sind, weiter begeben will. Die Entsagung des Käufers kann an seiner Verpflichtung gegenüber dem Verkäufer, den Kaufpreis zu zahlen, nichts ändern, sofern in dieser Hinsicht keine besonderen Bestimmungen von den Betheiligten getroffen wurden.

19) R. O. H. G. Bd. 12 S. 44: So wenig der Erbe den Gläubiger an den Erbschaftskäufer verweisen kann, so wenig kann der Käufer den Gläubiger an seinen Abkäufer verweisen. Anderer Ansicht ist Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 273. Wird der Verkauf für ungültig erklärt, so fällt auch die Haftung des Käufers gegenüber Dritten weg, anders wenn der Verkauf wieder aufgehoben wird.

20) Vgl. L. R. I, 11 § 448 ff.

21) Striethorst Archiv Bd. 68 S. 136 ff., vgl. l. 25 D. h. t. 18, 4: excepto fundo hereditario venit hereditas. Siehe auch R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 450.

22) L. R. I, 11 §§ 449, 450.

23) Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 242.

1) L. R. I, 11 § 473, A. G. O. II, 1 § 9 n. 2.

2) Gesetz vom 11. Juli 1845 § 1 Buchst. c. Denkbar ist selbst Anwendung des H. G. B. Art. 273, 274. Art. 275 steht der Anwendung des Art. 273 nicht entgegen, auch wenn die Nachlaßsachen Grundstücke sind.

2. Nach römischem Rechte konnte man nicht bloß die eigene, sondern auch eine fremde Erbschaft verkaufen,[3] selbst wenn man keinerlei Ansprüche auf dieselbe hatte, gerade wie man auch einzelne fremde Sachen gültigerweise verkaufen durfte. Verkauf der Erbschaft eines bestimmten noch Lebenden war, wenn sie als bereits vorhanden verkauft wurde, nichtig, weil der angebliche Kaufgegenstand, nämlich eine Erbschaft, nicht bestand;[4] wurde sie als künftige verkauft, so galt der Vertrag wenigstens dann als gegen die guten Sitten,[5] wenn die Zustimmung des Erblassers nicht eingeholt war. Ueber künftige Erbschaften unbestimmter Erblasser durfte man verfügen.[6]

Das preußische Recht erachtet nur den Verkauf der eigenen bereits angefallenen Erbschaft als gültig[7] und erklärt für nichtig den Verkauf einer bestimmten oder unbestimmten Erbschaft, welche dem Verkäufer erst anfallen soll.[8] Die angefallene testamentarische Erbschaft kann aber gültigerweise, was man bestritten hat, auch vor der Testamentseröffnung verkauft werden.[9] Auch eine bedingt zugewendete Erbschaft und namentlich das Recht aus einer fideikommissarischen Erbsubstitution kann nach dem Tode des Erblassers verkauft werden, da der Anfall als mit diesem Zeitpunkt geschehen gilt.[10] Dagegen kann der Pupillarsubstitut den Nachlaß des Pupillen vor dem Tode des Pupillen nicht gültig verkaufen.[11] Der Verkauf bestimmter einzelner im Vermögen eines Lebenden befindlicher Sachen für den Fall des Erbewerbens des Verkäufers, wie auch das Versprechen einer bestimmten Summe aus einem künftigen Nachlaß ist nicht ungültig.[12]

3) l. 8 D. de her. vel a. vend. 18, 4. Avenarius Erbschaftskauf S. 22 ff.

4) l. 1, l. 7 D. h. t. 18, 4.

5) l. ult. C. de pactis 2, 3.

6) l. 3 § 2 D. pro socio 17, 2 gestattet wenigstens, solchen künftigen Anfall zum Gegenstand der Societät zu machen; ob auch ein Verkauf gültig war, ist bestritten.

7) L. R. I, 11 § 445.

8) L. R. I, 11 §§ 446, 505, vgl. auch dort 506.

9) L. R. I, 16 § 442 ist nicht auf den Fall des Verkaufes anzuwenden, Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 243.

10) So das O. Trib. bei Gruchot Bd. 22 S. 139 ff., anders aber zu spitzfindig Eccius Bd. 4 § 277 Anm. 36. Gegen Eccius R. G. Bd. 33 S. 243 auch für das Fideikommiß auf den Ueberrest.

11) Wenn der in einem wechselseitigen Testament von Ehegatten für den Fall des Todes des Längstlebenden eingesetzte Erbe den Nachlaß nach dem Tode des Erstverstorbenen, aber vor dem Versterben des überlebenden Ehegatten verkauft hat, so ist das Geschäft ungültig, R. G. bei Gruchot Bd. 29 S. 917, nicht, wie das O. Trib. Entsch. Bd. 36 S. 62 angenommen hat, rechtsbeständig. Es ist früher nachgewiesen — § 183 — daß dem gemeinsam Honorirten der Nachlaß eines jeden der Ehegatten durch dessen Verfügung zukommt; den Nachlaß seines noch lebenden Erblassers kann er daher nicht verkaufen, den Nachlaß des vorverstorbenen hätte er gesondert verkaufen können, da aber die Absicht auf den Verkauf des Nachlasses beider Ehegatten als Einheit ging, ist das Geschäft ganz unwirksam. Andere Auffassung bei Eccius Bd. 4 § 257 Anm. 37.

12) So auch O. Trib. Entsch. Bd. 38 S. 89, dagegen Koch Ford. Bd. 3 S. 806, dafür aber u. A. Gruchot Erbrecht Bd. 1 S. 244.

3. Wird eine bedingte Erbberechtigung als unbedingte verkauft und war beiden Theilen die Zufügung einer Bedingung unbekannt, so ist der Vertrag nichtig, weil der vorausgesetzte Kaufgegenstand — nämlich eine unbedingte Erbberechtigung — fehlt.[13] Kannte der Verkäufer die Bedingung, und wurde nur der Käufer getäuscht, so wird das Geschäft an sich als gültig erachtet; der Käufer kann aber entweder von demselben abgehen oder bei demselben beharren, und auf Verwirklichung der Bedingung bestehen, sei es daß er sie selbst auf Kosten des Verkäufers erfüllt, wo dies nach ihrem Inhalt thunlich ist, sei es daß er den Verkäufer zu deren Erfüllung anhält.[14][15]

4. Der getäuschte Käufer ist befugt, falls der Verkauf nichtig ist oder falls er von demselben abgeht, den bezahlten Kaufpreis zurück zu verlangen[16] und das s. g. negative Vertragsinteresse nach Verhältniß der Schuld des Verkäufers zu fordern.[17]

5. Da das Geschäft des Erbschaftsverkaufes als Veräußerung des Erbrechts aufgefaßt wird, so kann nicht Erbschaftskäufer sein, wer des Erbrechts unfähig und unwürdig ist, z. B. wer den Erblasser aus grober Fahrlässigkeit getödtet hat.[18]

6. Als Gegenstand des Verkaufes gilt die gesammte Erbberechtigung des Verkäufers sowohl in Folge einer Erbeinsetzung als einer Vulgarsubstitution. Selbstverständlich bleibt dem Käufer der Vortheil des etwaigen Ausfalles von Legaten, welche dem Erben aufgelegt werden. Aber auch, was gemeinrechtlich in hohem Maße bestritten ist, die anwachsenden Portionen etwaiger Miterben des Verkäufers fallen im Zweifel an den Käufer.[19] Nicht als mitverkauft gelten dagegen die Rechte, welche dem Verkäufer vermöge seiner fideikommissarischen Substitution auf einen Theil des Nachlasses zustehen, welcher schon einem anderen zugefallen ist.[20]

---

13) L. R. I, 11 § 495, l. 11 D. de her. vel a vend. 18, 4.

14) L. R. I, 11 § 496 ff. Gerade so muß folgerecht der Fall verschwiegener Belastungen behandelt werden, doch ist L. R. I, 11 § 488 an unrichtige Stelle gerathen.

15) Ueber den Fall, in welchem sich vorher nicht bekannte Miterben finden, bestimmt L. R. I, 11 § 492 ff. Der Käufer hat hiernach Anspruch auf Redhibition oder Preisminderung nach seiner Wahl.

16) L. R. I, 11 §§ 487, 497.

17) L. R. I, 11 § 489, l. 7, l. 8 l. 9 D. h. t. 18, 4 und oben Bd. 2 § 77 z. A.

18) L. R. I, 11 § 451.

19) L. R. I, 11 § 458. Eine Uebersicht der verschiedenen Ansichten und ihrer Vertheidiger im gemeinen Recht giebt Avenarius a. a. O. S. 58 ff. Schließlich liegt eine Absichtsfrage vor.

20) L. R. I, 11 § 459. Es scheint dies nicht ganz folgerecht. Dennoch läßt sich manches für die Unterscheidung sagen. Denn es liegt hier ein besonderer Rechtstitel und ein besonderes, von dem verkauften verschiedenes Rechtsverhältniß vor. Daß der Käufer einer Erbschaft an sich keinen Anspruch auf eine etwaige Pupillarsubstitution erhält, die zu Gunsten des Verkäufers angeordnet ist, ist selbstverständlich. l. 2 § 2 D. de her. vel a. vend. 18, 4.

7. Vorvermächtnisse und Schenkungen von Todeswegen, welche dem Erben zugewendet waren, gelten im Zweifel nicht als mitverkauft.[21]

8. Auch ist nicht herauszugeben, was der Erbe aus Veranlassung der Erbschaft gewann, ohne daß es aus ihr stammt.[22]

§ 236. Die gegenseitigen Verbindlichkeiten aus dem Erbschaftskauf.

Verkäufer und Käufer übernehmen mittels des Erbschaftskaufes die Verbindlichkeit, sich gegenseitig in die Lage zu setzen, wie wenn der Käufer der Erbe der verkauften Erbschaft geworden wäre,[1] unter dem Vorbehalt jedoch, daß die bisherige Verwaltung des Verkäufers, sofern nicht später grobe Fehler hervortreten, als abgemacht und anerkannt gilt,[2] der Verkäufer aber auch für seine bisherigen Auslagen nur soweit Ansprüche hat, als er sie sich besonders beim Abschluß ausbedungen hat.[3]

1. Der Verkäufer hat demzufolge dem Käufer die Bestandtheile des Nachlasses, soweit er sie in Händen hat, zu übergeben,[4] und zwar auch hier nicht bloß das zur Zeit des Todes des Erblassers Vorhandene, sondern auch spätere Accessionen, erlöste Kaufpreise und anderes, was er aus Nachlaßmitteln für den Nachlaß erwarb. Was zufälligerweise untergegangen ist, was der Erbe vor dem Abschluß des Vertrages ohne Arglist und grobe Fahrlässigkeit verbrauchte oder sonst verbrachte, ist dem Käufer nicht zu ersetzen.[5] Nach römischem Recht hatte der Verkäufer die zur Zeit des Abschlusses vorhandenen Früchte der Erbschaft herauszugeben,[6] nach preußischem Recht aber hat der Verkäufer in Bezug auf die Nutzungen und Früchte bis zum Verkauf die Rechte des redlichen Besitzers, d. h. es kommt ihm der Vortheil der Zwischenzeit bis zum Verkauf zu und es tritt eine verhältnißmäßige Vertheilung des Jahresertrages ein.[7]

---

21) L. R. I, 11 § 460.

22) L. R. I, 11 § 461 z. B. Prämien wegen eines vom Erben auf einer Ausstellung producirten erbschaftlichen Fabrikates, oder auch einkassirte Nichtschulden, vgl. l. 2 § 7 D. h. t. 18, 4.

1) Vgl. L. R. I, 11 §456, l. 2 pr. D. h. t. 18, 4: quum inter ementem et vendentem agatur, ut neque amplius, neque minus juris emtor habeat, quam apud heredem futurum esset, l. 9 D. comm. praed. 8, 4.

2) Vgl. L. R. I, 11 §§ 477, 482, l. 2 §§ 1, 5 D. h. t. 18, 4.

3) Vgl. L. R. I, 11 § 480. Das römische Recht hat diesen Satz, der übrigens entsprechend ist, nicht gekannt.

4) L. R. I, 11 § 475. Vgl. oben § 234.

5) L. R. I, 11 § 477, l. 2 § 5 D. h. t. Es ist dies dem präsumtiven Kontraktwillen gemäß, Avenarius a. a. O. S. 41. Nach dem Abschluß des Kaufes haftet der Verkäufer, den allgemeinen Grundsätzen des Kaufes entsprechend, für Verschuldung.

6) l. 178 § 1 D. de V. S. 50, 16.

7) L. R. I, 11 § 482.

Als nicht mitverkauft gelten im Zweifel Familienpapiere, Familienurkunden und Familiengemälde, welche einen erheblichen Werth für den Käufer nicht haben.[8]

Der Verkäufer hat dem Käufer nur für das in Aussicht gestellte Erbrecht zu haften, nicht aber für die einzelnen im Nachlaß thatsächlich befindlichen Sachen oder Gerechtsame Gewähr zu leisten, soweit er keine besondere Garantie ihretwegen übernahm.[9]

Wenn der Erbe in Folge des Erwerbes der Erbschaft durch Konfusion von Verpflichtungen und Lasten, die gegenüber dem Erblasser bestanden, befreit wurde, so leben diese Rechte in der Hand des Käufers wieder auf.[10]

Der Verkäufer hat dem Käufer die Belege über die Erbschaftsansprüche zugänglich zu machen.

2. Der Käufer der Erbschaft hat den Verkäufer wegen aller Verbindlichkeiten zu vertreten, welche demselben in Folge des Erbschaftserwerbes aufliegen.[11] Dies gilt nicht bloß von den Nachlaßschulden im engeren Sinne, sondern auch von Verpflichtungen, welche den Erben wegen des Erwerbes der Erbschaft für seine Person trafen oder die er übernahm, z. B. wegen der Begräbnißkosten,[12] der Erbschaftssteuer, der Vermächtnisse.[13] Dagegen hat nach dem oben hervorgehobenen Grundsatz der Verkäufer, welcher deshalb keinen Vorbehalt machte, keine Vergütung vom Käufer zu fordern wegen vor dem Abschluß des Vertrages gemachter Auslagen, insbesondere wegen gezahlter Kapitalsschulden, Legate,[14] Begräbnißkosten,[15] Erbschaftssteuer, Verwendungen zur Erhaltung oder Verbesserung der Erbschaftssubstanz.[16] Es wird eben angenommen, daß er diese Aufwendungen bei der Bestimmung des Kaufpreises bereits in Anschlag gebracht hat.

Der Käufer hat gleichwohl den Forderungen, welche der Erbe gegen den Erblasser hatte und die durch Konfusion untergingen, gerecht zu werden, da dieselben durch den Verkauf wieder in das Leben treten.[17]

---

8) L. R. I, 11 § 479.

9) L. R. I, 11 §§ 484, 485, l. 1 C. de evict. 8, 45.

10) Vgl. l. 20 pr. D. h. t., oben § 220.

11) L. R. I, 11 §§ 466, 467, vgl. l. 2 § 9 D. h. t. 18, 4: sicut lucrum omne ad emptorem hereditatis pertinet, ita damnum quoque debet ad eundem respicere.

12) L. R. I, 11 § 470, l. 2 § 17 D. h. t. 18, 4.

13) Entsch. des O. Trib. Bd. 14 S. 464.

14) L. R. I, 11 § 480.

15) L. R. I, 11 § 470.

16) L. R. I, 11 § 481.

17) L. R. I, 11 § 455, l. 2 §§ 18, 19 D. h. t.

Dem Käufer liegt ob, den bedungenen Kaufpreis zu bezahlen. Bis zur Bezahlung ist der Verkäufer noch berechtigt, die Erbschaftsobjekte, welche in seinem Gewahrsam sind, zurückzuhalten, trotzdem daß sie in das Eigenthum des Käufers übergegangen sind.[18]

Sechstes Kapitel.

Rechte der Miterben.

I. Die allgemeinen Grundsätze.

§ 237. Einleitung. Römisches und gemeines Recht.[1]

I. Die römischen Bestimmungen über das Verhältniß der Miterben bewähren formale Folgerichtigkeit und Durchsichtigkeit der Gestaltung, ihre Angemessenheit und praktische Brauchbarkeit jedoch ist in Frage zu stellen.[2] Nach römischem System sind die Nachlaßgegenstände unter die mehreren Erben, welche die Erbschaft erwerben, im Verhältniß ihrer Erbtheile getheilt. Und zwar zerfallen Forderungen und Schulden des Erblassers gemäß dem Grundsatze „nomina ipso jure divisa sunt“ von Rechtswegen in mehrere von einander unabhängige Theilobligationen, welche der Theilungsklage unter den Miterben nicht unterstehen;[3] die körperlichen Sachen dagegen sind ideell getheilt so, daß jeder Miterbe Eigenthümer einer seiner Erbportion entsprechenden pars pro indiviso jeder Nachlaßsache wird;[4] die Umsetzung dieser ideellen in reelle Theile geschieht durch das judicium familiae erciscundae. Untheilbare Rechte, insbesondere untheilbare Forderungen, gebühren jedem der Erben ganz, wie umgekehrt jeder Erbe durch untheilbare Verpflichtungen des Nachlasses solidarisch verbunden wird.[5] Dem Miterben steht die selbständige Verfügung über die ihm zugefallenen Theilrechte an den einzelnen Nachlaßsachen zu, er ist namentlich befugt, dieselben mittels Verkaufes oder in anderer Weise an Miterben oder Fremde zu übertragen, sie zu verpfänden und dinglich zu belasten. Durch eine derartige Veräußerung des ideellen Theiles einer Erbschaftssache tritt diese ohne Weiteres aus der erbschaftlichen

---

18) Wegen laesio enormis vgl. L. R. I, 11 § 486. Oben Bd. 2 § 136 Anm. 28.

1) Ueber das Rechtsverhältniß der Miterben nach römischem Recht Göppert Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum 1864 S. 77 ff.

2) Göppert a. a. O. S. 77 dagegen schreibt dem römischen Recht auch praktische Brauchbarkeit zu.

3) l. 6 C. fam. erciscundae 3, 36.

4) l. 8, l. 17 C. eod. 3, 36.

5) l. 25 §§ 9, 10 D. fam. ercisc. 10, 2.

Gemeinschaft, die actio familiae erciscundae greift ihretwegen nicht mehr ein, es besteht nur noch eine gewöhnliche Gemeinschaft von Miteigenthümern.[6]

Von großer Bedeutung waren daneben die persönlichen Ansprüche der Miterben, welche sie bei der Erbtheilungsklage geltend machen konnten. Es gehörten hierher unter Anderem Ansprüche wegen Auslagen für die Bestattung des Erblassers, für die Erhaltung von Erbschaftssachen, für die Tilgung von Erbschaftsschulden, nicht weniger Ersatzansprüche gegen den Miterben, welcher Erbschaftssachen für sich verwendet, Gelder verbraucht oder Beschädigungen verursacht hatte.[7] Solche Ansprüche hatten dadurch, daß sie bei der Theilung berücksichtigt wurden, an sich eine Art von dinglicher Sicherheit. Veräußerte aber ein Miterbe seine Quote an den Erbschaftssachen an Dritte, so waren diese durch das familiae erciscundae judicium nicht belangbar, so daß dem Erben wegen der gedachten Ansprüche nichts als eine persönliche Klage gegen seinen Miterben zustand, der sich auf solche Weise mehr verschafft hatte, als ihm materiell gebührte. Um dieses Ergebniß zu hindern, kannte das römische Recht kein anderes Mittel als ein Verbot der Veräußerung von Nachlaßsachen nach der Litiskontestation über das familiae erciscundae judicium.[8] Es war dies einerseits nicht ausreichend, andererseits bedenklich. Denn der Miterbe, welcher vielleicht nothgedrungen Auslagen für die Masse gemacht hatte, war zur Erhebung der Erbtheilungsklage in allen Fällen gedrängt, in welchen er der Loyalität und Zahlungsfähigkeit des Miterben nicht vollständig gewiß war, auch wenn der Zeitpunkt an sich kein günstiger für die Auseinandersetzung war.

II. Im neueren Recht waltet die Auffassung, daß den Theilhabern eines gemeinsamen Vermögens realisirbare Antheile nur an dem Gesammtvermögen, nicht aber an den einzelnen, dem Inbegriff zugehörigen Gegenständen zukommen.[9] Ein Ausfluß dieser Betrachtungsweise ist der Satz, welcher in der Reichskonkursordnung Anerkennung fand, daß wer sich mit dem Gemeinschuldner in einem Miteigenthum, in einer Gesellschaft oder in

6) l. 54 D. fam. ercisc. 10, 2. Diese Stelle, in welcher die römische Anschauung ihren extremen Ausdruck findet, lautet: ex hereditate Lucii Titii, quae mihi et tibi communis erat, fundi partem meam alienavi, deinde familiae erciscundae judicium inter nos acceptum est: neque ea pars, quae mea fuit, in judicium veniet, quum alienata de hereditate exierit, neque tua, quia etiamsi remanet in pristino jure hereditariaque est, tamen alienatione meae partis exit de communione.

7) l. 16 § 5 ff., l. 18 § 3 D. h. t. und a. a. O.

8) l. 13, l. 25 § 6 D. h. t. 10, 2, l. 1 C. comm. div. 3, 37. Bachofen ausgewählte Lehren des römischen Civilrechtes S. 82 hebt mit Recht hervor, daß die bezüglichen Bestimmungen nicht auf dem augusteischen Verbot der Veräußerung der res litigiosa beruhen, sondern eine besondere positive Maßnahme enthalten, zu dem Zweck „ne res de judicio subducatur.“

9) Vgl. oben Bd. 2 § 217 Ziff. 2 und Ziff. 3 z. A. bezüglich der Gesellschaften.

einer anderen Gemeinschaft befindet, wegen der auf dies Verhältniß sich gründenden Forderungen abgesonderte Befriedigung aus dem bei der Auseinandersetzung sich schließlich ergebenden Antheil des Genossen verlangen könne.[10] Führt man die hier verwirklichte Grundanschauung folgerecht durch, so kann man die Veräußerung eines bestimmten Antheiles des Gemeinschafters an den gemeinsamen Objekten ohne Rücksicht auf das, was er den Theilhabern in Folge des Verhältnisses zu leisten hatte, nicht anerkennen.[11] Nun fehlte allerdings viel, daß die gemeinrechtliche Theorie diesen Gedanken auf die Gemeinschaft der Miterben übertrug, wie dies das französische Recht that.[12] Im Gegentheil sind die römischen Sätze in Deutschland als recipirt zu erachten. Aber ihre Wirkung auf die Praxis war doch eine geringe. Vor allem waren sie im Fall des Antrittes unter der Wohlthat des Inventars überall da gehemmt, wo der Richter die Verwaltung und Vertheilung der Masse in die Hand nahm, da hierdurch das Verfügungsrecht der Erben über die Nachlaßbestandtheile ausgeschlossen war.[13]

§ 238. Verhältniß der Miterben nach preußischem Recht.

Das preußische Recht hat dem Verhältniß der Miterben eine von der römischen sehr abweichende Gestalt gegeben. Doch ist dies nur nach einigen Richtungen hin allgemein anerkannt, über die Grundfragen gehen die Ansichten auseinander.

1. Unstreitig ist der römische Satz, wonach sich die Erbschaftsschulden von Rechtswegen unter die mehreren Erben theilen, beseitigt. Schon nach älteren deutschen Partikularrechten galt häufig, daß die Schulden des Erblassers vor der Erbtheilung aus der Masse zu entnehmen seien und daß die Erben hierfür ungetheilt hafteten.[1] Dies entsprach dem Gedanken des älteren

10) Reichskonkursordnung § 44. Vgl. oben Bd. 2 § 217 Ziff. 2 und § 117 bei Anm. 21.

11) Sehr bestimmt ist dieser Gedanke in der offenen Handelsgesellschaft ausgebildet. Vgl. H. G. B. Art. 131, oben Bd. 2 § 223 bei und hinter Anm. 27.

12) Die ältere französische Jurisprudenz erachtete die Erbtheilung nicht als ein wechselseitiges permutatorisches Geschäft, sondern als einen acte déterminatif, durch welchen sich ergebe, in welche Güter der Miterbe succedirt sei, da es so anzusehen sei, als habe er von Anfang an gerade die ihm bei der Theilung zugefallenen Gegenstände gewonnen. Allerdings wurde diese Ansicht vorzugsweise mit Rücksicht auf die Laudemien ausgebildet, damit solche bei dem Theilungsgeschäft nicht noch einmal zu entrichten seien, vgl. Goeppert a. a. O. S. 64. Aber in Wahrheit liegt hierin nur die Veranlassung der Ausbildung eines Satzes, welcher der modernen Rechtsanschauung entsprach. Derselbe ist denn auch in den art. 1872 des code civil, entsprechend dem art. 883, übergegangen.

13) Vgl. oben § 223 bei Anm. 27.

1) Vgl. hierüber Stobbe in Bekker's Jahrbuch Bd. 5 S. 317, welcher Schweizer Rechtsquellen, Lütticher und Hamburger Recht — Stadtrecht III, 15 — anführt.

deutschen Rechtes, wonach die Schulden als Lasten des Nachlasses galten, und schloß sich auch an die Gestaltung des beneficium inventarii an, gemäß welcher die Erbschaftsgläubiger zu ihrer Befriedigung auf die Nachlaßmasse verwiesen sind. In ähnlicher Weise sind Erben nach preußischem Recht den Nachlaßgläubigern und Vermächtnißnehmern gemeinschaftlich verpflichtet, erst nach gehörig bekannt gemachter Theilung haften sie im Verhältniß ihres Erbtheils. Unterlassen die Erben die gehörige Bekanntmachung der Theilung, so werden sie solidarisch verpflichtet.[2]

2. Des Weiteren sind anerkanntermaßen die Forderungen des Erblassers nach Landrecht nicht mehr von Rechtswegen getheilt, sondern stehen im Miteigenthum der Miterben.[3]

3. Bestritten ist aber, ob, wie nach römischem Recht, jeder einzelne Miterbe seinem Erbtheil entsprechende realisirbare Quotenrechte an den einzelnen Erbschaftssachen hat, also daß er diese vor der Erbschaftstheilung veräußern, verpfänden und der Erbschaft entziehen kann, oder ob dies unzulässig ist. Das Obertribunal hat angenommen, daß erst durch die Erbtheilung der Einzelne von mehreren Miterben freie Verfügung über einzelne Theile der Nachlaßgegenstände erlangen könne. Dies ist anerkannte Praxis geworden.[4] In der Theorie aber wurde

---

Auch die Joachimica „Erbfälle zwischen Eheleuten" will, daß „Dienstlohn und Schuldt zu vorr auß den gemeinen Gut bezahlt" werden. Vgl. Heydemann Elemente S. 291 und dort Angeführte.

2) L. R. I, 17 § 127 ff. Ueber das Einzelne siehe unten § 240. Eine Neuerung sah man in den Bestimmungen über die Erbschaftsschulden, wie Goeppert Miteigenthum S. 128 Anm. 1 richtig bemerkt, vorzugsweise nur soweit sie Vorschriften über die Bekanntmachung der Theilung und die solidarische Haftung bei unterlassener Bekanntmachung anlangen. Denn daß die Beneficialerben bis zur Theilung gemeinsam hafteten, erschien der Praxis außer Frage, vgl. die Aeußerungen von Suarez bei Bornemann Bd. 6 S. 328 ff.

3) L. R. I, 17 § 151. Erst der gedruckte Entwurf des Gesetzbuches brachte diese Bestimmung, während die ungedruckten Entwürfe nur die gemeinschaftliche Verhaftung der Erben für die Erbschaftsschulden kannten, Goeppert a. a. O. S. 127.

4) Die Frage war von weniger Wichtigkeit, so lange die Beneficialerben ohne Zustimmung ihrer Gläubiger keine Veräußerung von Grundstücken des Nachlasses vornehmen konnten, was ihnen erst durch das Gesetz vom 28. März 1840 verstattet wurde, oben § 223. Vielleicht trat sie deshalb in den ersten Jahrzehnten der Herrschaft des Landrechtes nicht hervor. Ueber die Geschichte der Streitfrage vgl. Goeppert a. a. O. S. 84 ff. Der Beschluß des O. Trib. Präj. 2682 vom 16. März 1857, welcher für die Jurisprudenz maßgebend wurde, stellt folgendergestalt zwei ältere Präjudicien zusammen: „Der unter der n. 1084 vorgetragene Rechtsgrundsatz dahin lautend: Jedem Einzelnen von mehreren Miterben steht während der Fortdauer ihrer Gemeinschaft ein bestimmter verhältnißmäßiger Antheil an jedem einzelnen Nachlaßstück als sein besonderes Eigenthum nicht zu; und der unter n. 1101 eingetragene Rechtsgrundsatz, dahin lautend: Erst durch die Erbtheilung kann unter den mehreren Miterben der Einzelne ein freies Dispositionsrecht über einzelne Nachlaßgegenstände oder Theile derselben erlangen; während der bestehenden Gemeinschaft aber steht bezüglich auf einzelne Erbschaftsstücke überhaupt und die Nachlaßgrundstücke insbesondere ihm daran noch kein

lebhafter Widerspruch erhoben.[5] Richtig ist, daß, wie man eingewendet hat, die vom Obertribunal aufgestellten Sätze im Landrecht nicht ausdrücklich ausgesprochen sind und daß sie nur durch Schlußfolgerungen zu gewinnen sind.[6] Aber ebensowenig sind die entgegenstehenden römischen Rechtssätze in ihm zu finden. Es ist weiter nicht zu bezweifeln, was die Gegner betonen, daß Aenderungen des früheren Rechtes durch das Landrecht nicht zu unterstellen sind.[7] Dies gilt aber nur von dem praktischen vorlandrechtlichen Zustand, nicht von Sätzen, die dem heutigen Leben und Bedürfnissen zuwiderlaufend, aus den römischen Rechtsquellen theoretisch zu vertheidigen sind. Aus inneren Gründen ist nicht zu rechtfertigen, daß ein Miterbe, dessen Antheil an den Erbschaftssachen, z. B. in Folge der Zahlung von Nachlaßschulden durch die Miterben oder wegen der Kollationsrechte derselben, bei der Theilung sich vermindern muß, vielleicht auf Null steht, trotzdem gestützt auf formelles Recht über den seinem Erbtheil entsprechenden Theil der Nachlaßsachen zu eigenen Gunsten frei verfügen kann. Dergleichen war den in der älteren Praxis waltenden Anschauungen nicht entsprechend und ist dem Landrecht fremd. Wer am Nachlaß als Miterbe betheiligt ist, ist mitberechtigt

---

nach Verhältniß seiner Erbquote bestimmter Antheil als sein besonderes Eigenthum zu; vor der Theilung kann er daher auch nicht mit einem seiner Erbquote entsprechenden Antheile an einem Nachlaßgrundstücke seinem Gläubiger für dessen Forderung an ihn gültig Hypothek bestellen, — sind zu Plenarbeschlüssen erhoben," vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 35 S. 352. Dem Obertribunal sind beigetreten u. A. Bornemann Bd. 6 S. 331, Koch Erbrecht S. 1199, 1205, desgleichen R. G. Bd. 9 S. 272, Bd. 16 S. 253, bei Gruchot Bd. 24 S. 454, 455, Bd. 25 S. 748 und Kam. Ger. Bd. 4 S. 134.

5) Eine scharfe und folgerechte Anfechtung erfuhr die Theorie des Obertribunals durch Goeppert a. a. O. S. 82 ff. Goeppert erachtet das römische System nicht bloß als folgerecht, sondern auch als praktisch brauchbar und dem materiellen Recht entsprechend, und dringt hiernach auf dessen Annahme auch im preußischen Recht. Heftiger noch war der Angriff von Förster, welcher ausführt, es habe die juristische Phantasie des Obertribunals eine Theorie über das Miteigenthum der Miterben an der Erbschaft entwickelt, welche einzig in ihrer Art die juristische Praxis beherrsche, Bd. 4 S. 298. Schließlich indessen ergiebt sich a. a. O. S. 305, daß Förster im Grunde auf dem Standpunkt des Obertribunals steht und die Meinung des römischen Rechtes wie die von Goeppert durchaus verkennt. „Niemals, meint er dort, sei weder nach römischem noch nach preußischem Recht bestritten worden, daß die Verfügung über den Antheil am einzelnen Stück der Theilung nicht präjudicire. Weil durch eine solche Verfügung der Realtheilung nicht präjudicirt werden könne, darum sei auch der Dritte, der durch diese Verfügung Rechte auf den Antheil erlangt habe, nicht ohne Weiteres befugt, die Sache selbst im Wege der Exekution anzugreifen. Er könne nur Sicherungsmaßregeln vornehmen oder müsse sich die Erbtheilungsklage seines Urhebers abtreten lassen, um durch diese den Realtheil heraus zu bekommen." Dies ist im Wesentlichen die Ansicht des Obertribunals und nicht die Auffassung des römischen oder gemeinen Rechtes, siehe die oben § 237 Anm. 6 abgedruckte Stelle. Förster steht hiernach nicht auf Seite Goepperts, obgleich er ihn als Gewährsmann ansieht. Vom Obertribunal scheidet ihn höchstens die Einkleidung des auch von ihm vertheidigten Rechtssatzes. Eccius Bd. 4 § 271 S. 571 schließt sich dem O. Trib. an.

6) Förster a. a. O. Bd. 4 S. 300.

7) Förster a. a. O. S. 301 Anm. 49.

an einem Vermögensganzen, welches aus einer größeren Anzahl von Sachen besteht, aber rechtlich nicht mit denselben identisch ist.[8] Mag man grundsätzlich sagen, daß er, wie am Ganzen so auch an dessen einzelnen Bestandtheilen zu ideellen Theilen mitberechtigt ist, so ist doch dieses Recht an den Einzelsachen nach der Natur der Sache kein unabhängiges. Wie dasselbe in Folge des Antheilrechtes am Nachlaß entsteht, so bleibt es demselben untergeordnet.

§ 239. Gesammtrechte und Sonderrechte.

1. Bis zur Auseinandersetzung steht die Verwaltung des gemeinsamen Nachlasses und die Verfügung über dessen Bestandtheile der Gesammtheit der Miteigenthümer zu, und zwar nach den allgemeinen Grundsätzen des preußischen Rechtes über Miteigenthum.[1] Demgemäß sind Verfügungen über die Substanz der Masse oder die Art der Verwaltung und Benutzung durch den Willen der Gesammtheit zu treffen,[2] welcher in der Regel durch Mehrheitsbeschlüsse ausgedrückt wird, wobei die Größe der Antheile das Stimmverhältniß bestimmt. Besitz und Verwaltung gebührt allen Theilhabern,[3] doch kann eine gemeinsame Administration durch Stimmenmehrheit oder auch ohne solche im Fall der Nothwendigkeit auf Antrag Einzelner durch den Richter eingesetzt werden.[4]

Die Gemeinschaft bezieht sich auch auf die Erbschaftsforderungen, welche nach preußischem Recht als Bestandtheil der Masse angesehen und nicht anders wie körperliche Erbschaftssachen behandelt werden. Ihre Einziehung geschieht daher nur durch die Gesammtheit der Miterben.[5] Nach getheilter Erbschaft kann der Schuldner an denjenigen Erben sicher zahlen, welcher im Besitz der Schuldurkunde über die Forderung ist,[6] sofern sich die übrigen Erben nicht hiergegen verwahren und die Verwahrung dem Schuldner bekannt machen.[7]

---

8) Vgl. L. R. I, 2 § 34, § 32, dagegen freilich Goeppert a. a. O. S. 108.

1) L. R. I, 17 § 115. Vgl. oben Bd. 1 § 223 ff.

2) Vgl. L. R. I, 17 § 12 ff., §§ 25, 3, 16, 18 und oben Bd. 1 § 223. Vgl. auch oben § 143 Anm. 8.

3) L. R. I, 17 §§ 36, 25. Auch wenn der überlebende Ehegatte im Besitz der Nachlaßmasse ist, können seine anerkannten Miterben Antheil am Besitz und der Verwaltung beanspruchen. Jedoch hat der Miterbe, welcher im Besitz ist, possessorischen Schutz, so daß er häufig bis zur Theilung in demselben verbleiben wird.

4) L. R. I, 17 § 37 ff. Striethorst Archiv Bd. 71 S. 183.

5) Vgl. L. R. I, 17 § 151.

6) L. R. I, 17 § 152. Der Schuldner ist also gesichert, wenn der Miterbe außer dem Besitz der Schuldurkunde die Nachlaßtheilung, namentlich durch Vorlegung des Theilungsrecesses, nachwies, eine besondere Ueberweisung muß der Miterbe nicht beigebracht haben, Entsch. des O. Trib. Bd. 4 S. 325. Die Bestimmung des § 152 wird bei Striethorst Archiv Bd. 23 S. 103 so aufgefaßt, daß sie dem Schuldner die Legitima-

2. Streitig ist in hohem Maße, wie weit die Sonderrechte — die s. g. Individualrechte — der Miterben behufs Feststellung, Erhaltung und Sicherstellung bis zur Auseinandersetzung reichen.

a) Die Praxis hat zugelassen, daß der einzelne Miterbe in Wahrung des gemeinsamen Rechtes der Erben auf Rechnungslegung an die Gesammtheit und auf Anerkennung bestrittener Rechte klagt, ferner, daß er die Einziehung von Schulden und die Ablieferung der Erbschaftssachen an die Hinterlegungsstelle behufs Abführung an die Nachlaßmasse betreibt.[8] Vorausgesetzt ist, daß der Kläger ein Interesse an der Durchführung der Klage hat und daß durch die dem Klagantrag entsprechende Verurtheilung die Rechte seiner Miterben nicht beeinträchtigt werden, auch Beklagter nicht in schlechtere Lage versetzt wird, als wenn sämmtliche Erben gekündigt hätten. Die Anfechtung angeblich ungültiger Verträge des Erblassers steht daher in der Regel dem einzelnen Miterben nicht zu. Aus zweiseitigen Verträgen kann er nur klagen, wenn er für seine Person im Stande und bereit ist, die noch ausstehende Gegenleistung zu machen.

Der Miterbe klagt aus dem gemeinsamen Recht, und wahrt mit den eigenen Rechten diejenigen der übrigen Erben. Es stehen ihm daher nicht bloß die aus dem Rechtsverhältniß an sich folgenden Einwendungen entgegen, sondern auch Einreden, welche der Schuldner in rechtsverbindlicher Weise gegen die Miterben erworben hat.[9] Rechtskraft aber kann das von ihm

---

tionsprüfung erleichtern wollte, daß dieser sich also durch Zahlung an den Inhaber der Schuldurkunde befreit, gleichwohl aber befugt ist, von demselben den Nachweis des Erwerbes der Forderung zu verlangen. Aus den Entsch. des O. Trib. Bd. 4 S. 326 ff. mitgetheilten Aeußerungen von Suarez geht in der That hervor, daß die Vorschrift im Interesse des Schuldners getroffen ist. Sie bezieht sich auch auf Hypothekenforderungen, R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 697.

7) L. R. I, 17 § 153. Es ist hier gerichtliche Bekanntmachung gefordert, aber doch offenbar nur im Sinn eines Rathschlages, die außergerichtliche Bekanntmachung muß genügen. Dies leugnet zwar Eccius Bd. 4 § 271. Sollte sich aber der Schuldner, welchem die Miterben unter Vorlegung des Theilungsrecesses außergerichtlich mitgetheilt haben, daß der Besitzer der Schuldurkunde kein Recht auf die Forderung habe, dennoch durch Zahlung an dieselben befreien können? Das wäre nicht im Sinne des Landrechtes. — Die im § 153 für eingetragene Forderungen verlangte Protestation im Hypothekenbuch ist derzeit nicht mehr ausführbar, da jede derartige Eintragung die Beibringung der Hypothekenurkunde fordert, Grundbuchordnung vom 5. Mai 1872 § 91 Abs. 2.

8) Entsch. des O. Trib. Bd. 19 S. 213. Striethorst Archiv Bd. 4 S. 138, Bd. 13 S. 131 ff., Bd. 17 S. 101. Vgl. R. G. bei Bolze Bd. 2 Nr. 1250, 1251, Bd. 3 Nr. 902, Bd. 4 Nr. 948. Siehe aber auch Eccius Bd. 4 § 271. Insbesondere ist Kündigung Seitens eines Miterben regelrecht gestattet nach R. G. bei Gruchot Bd. 26 S. 104. Dagegen aber vgl. die Abhandlung von Oppenheim ebendas. S. 627. Auch die Wahrung des Anfechtungsrechtes nach § 4 des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1877 steht dem einzelnen Miterben offen, R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 1036.

9) Entsch. des O. Trib. Bd. 48 S. 118, Striethorst Archiv Bd. 81 S. 185 ff.

erlangte Erkenntniß weder für noch gegen die Miterben machen, da er zwar in gemeinsamem Interesse, aber nicht als deren Vertreter auftritt.[10]

b) Der Miterbe ist befugt, sein Theilerbrecht Miterben oder Dritten abzutreten.[11] Daß er ein unbeschränktes Recht zur Verfügung über ideelle Theile der einzelnen Nachlaßbestandtheile nicht hat, ist bereits nachgewiesen.[12] Auch wenn man diesen Standpunkt festhält, bleiben zahlreiche Fragen zweifelhaft:[13]

Unbestritten ist die Geltung obligatorischer Verträge, durch welche sich ein Miterbe bezüglich der Nachlaßsachen verbindet, sei es bedingt, für den Fall des Erwerbes bei der Auseinandersetzung, sei es auch unbedingt. Ueberwiegend erkennt man aber auch dingliche Verfügungen unter der Bedingung an, daß die bezüglichen Gegenstände dem Veräußernden bei der Auseinandersetzung anfallen.[14] Hiernach ist zwar Auflassung des ideellen Theiles eines Nachlaßgrundstückes durch den Miterben nicht möglich, welcher als solcher im Grundbuch eingetragen ist, weil eine Auflassung nicht bedingt geschehen kann.[15] Belastung mit Hypotheken und Grundschulden, sowohl freiwillig bewilligten als im Wege der Zwangsvollstreckung genommenen ist hingegen zuläſsig.[16] Auch der bedingten Cession seines Antheiles einer Nachlaßforderung durch einen Miterben, und selbst der Eintragung einer derartigen Cession einer hypothekarischen Forderung im Grundbuche steht nichts im

10) Entsch. des O. Trib. Bd. 67 S. 249.

11) L. R. I, 17 § 4 und § 115. Das Erbrecht des Miterben ist nicht pfändbar, da es weder durch Eintragung verhypothecirt noch durch Besitzübertragung verpfändet werden kann, weder einer Subhastation noch einer Auktion unterliegt. Im Wege der Zwangsvollstreckung kann der Vollstreckungsgläubiger das Recht seines Schuldners auf Auseinandersetzung mit dessen Miterben und Ausscheidung eines besonderen Eigenthums für den Vollstreckungsschuldner pfänden, Eccius Bd. 4 § 271 Anm. 17, vgl. R. C. P. O. § 754.

12) Oben § 238 Ziff. 3.

13) Vgl. den Aufsatz von Küntzel bei Johow App. Ger. Bd. 5 S. 230: Wie haben sich der Grundbuchrichter und der Nachlaßrichter gegenüber den Verfügungen des Miterben über seinen Antheil an einer einzelnen Nachlaßsache vom Standpunkt des Plenarbeschlusses vom 16. März 1857 aus zu verhalten? Weitere Litteratur siehe bei Turnau Grundbuchordnung Bd. 2 § 15.

14) Eccius Bd. 4 § 271 S. 577 spricht sich gegen die dingliche Wirkung aus. Ihre Annahme beruht auf Nützlichkeitsgründen. Man will dem Miterben auch vor der Auseinandersetzung thunlichst die Mittel geben, selbständig zu wirthschaften und ihm die Nothwendigkeit ersparen, sein Erbtheil zu oft wucherischen Bedingungen zu verkaufen.

15) Oben Bd. 1 § 186 Ziff. 3. Zuläſsig aber ist eine Vormerkung des Rechtes auf Auflassung nach Analogie des § 8 des E. E. Ges. vom 5. Mai 1872, oder die Eintragung einer Beschränkung des Verfügungsrechtes des Miterben, mit dem man kontrahirt hat, nach § 11 Ziff. 2 der Grundbuchordnung, falls diese Eintragungen von dem veräußernden Miterben bewilligt sind, oder eine die Bewilligung nach dem Gesetz vom 5. Mai 1872 §§ 8 und 14 ersetzende Unterlage vorhanden ist. So Küntzel a. a. O. S. 236.

16) Vgl. oben Bd. 1 § 328 Ziff. 2. Entsch. des O. Trib. Bd. 38 S. 381, Bd. 47 S. 146, R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 454, R. G. Bd. 16 S. 254. Die Wirksamkeit der Belastung hängt freilich von dem Ergebniß der Erbauseinandersetzung ab.

Wege,[17] da durch solche Verfügungen das Recht der Gesammtheit der Miterben unberührt bleibt. Dasselbe gilt von der Verpfändung seines Antheiles an einer Nachlaßforderung.

Wären die Miterben nicht in dieser Eigenschaft, sondern als Miteigenthümer zu bestimmten Theilen eingetragen, so läge hierin, wenigstens vom Standpunkt des Grundbuches aus, eine Theilung des Nachlaßgrundstückes und es stünde daher der Auflassung seines ideellen Theiles Seitens des Betheiligten kein Hinderniß im Wege.

§ 240. Verhaftung der Miterben gegenüber den Nachlaßgläubigern.[1]

I. Bei der Neugestaltung der Rechtssätze über die Verhaftung von Miterben gegenüber den Nachlaßgläubigern, zu welchen auch hier die Vermächtnißnehmer zu rechnen sind, ist es dem Landrecht nicht gelungen, seinen Bestimmungen vollkommene Durchsichtigkeit und Klarheit zu geben. So entstanden bald Streitfragen, welche erst allmählich durch die Praxis geschlichtet wurden.[2] Man hat zu unterscheiden Erben unter Vorbehalt, welche das Gesetz zunächst ins Auge faßt, und solche ohne Vorbehalt. Des Weiteren ist für beide Fälle von maßgebender Bedeutung, ob die Theilung der Erbschaft bereits vollzogen ist oder nicht, ferner ob dies dem Gläubiger gehörig im Voraus angezeigt wurde.

Die Theilung des Nachlasses ist vollzogen, wenn die Gesammtheit der Nachlaßbestandtheile unter die Miterben vertheilt ist. Theilung einzelner Nachlaßbestandtheile bildet noch keine Theilung des Nachlasses. Vollziehung der Theilung ist aber allerdings anzunehmen, wenn einzelne Nachlaßstücke aus besonderen Gründen noch im Miteigenthum der Erben ungetheilt blieben.[3]

II. Wurde die Erbschaft unter Vorbehalt erworben, und ist

a) die Theilung des Nachlasses noch nicht vollzogen, so können die Erben nur gemeinschaftlich belangt werden, d. h. so, daß die Klage gegen Alle zusammen gerichtet wird.[4] Diese Vorschrift hat im Verhältniß der

17) Striethorst Archiv Bd. 55 S. 230. Anderer Ansicht ist Küntzel a. a. O. S. 236, auch Johow App. Ger. Bd. 6 S. 186 und R. G. im J. M. Bl. 1888 S. 44. Die richtige Ansicht vertheidigt Turnau a. a. O. § 15.

1) L. R. I, 17 § 127 ff. oben § 238 Ziff. 1, vgl. Piners über die Haftbarkeit mehrerer Erben gegen die Erbschaftsgläubiger in Ulrichs Archiv Bd. 1 S. 535 ff., auch Stute in Ulrichs Archiv Bd. 4 S. 519 ff.

2) Von wesentlichem Einfluß war der Plenarbeschluß des Obertribunals vom 1. Mai 1837 Entsch. Bd. 4 S. 302.

3) Striethorst Archiv Bd. 47 S. 13, Gruchot Bd. 2 S. 438.

4) Auf diesen Fall vorzugsweise bezieht sich L. R. I, 17 § 127: „Zu den die Erbschaft betreffenden Schulden und Lasten sind die Erben gegen die Erbschaftsgläubiger gemeinschaftlich verpflichtet.“ Daß „gemeinschaftlich“ hier so viel wie „zu-

Beneficialerben ihre Begründung und ergiebt sich aus demselben folgerecht. Denn die Zwangsvollstreckung gegenüber den Beneficialerben geschieht nur in die Nachlaßbestandtheile, diese stehen aber im Miteigenthum sämmtlicher Erben; es bedarf daher eines gegen Alle erwirkten vollstreckbaren Titels, um der Vollstreckung freie Bahn zu schaffen.[5]

Selbstverständlich ist, daß diejenigen Erben nicht mitzuverklagen sind, welche den Anspruch der Nachlaßgläubiger bereits der Art anerkannt haben, daß aus der Anerkennung ein vollstreckbarer Titel gegen sie entsprang.[6]

b) Wollen die Miterben zur Theilung schreiten, so haben sie dies den Gläubigern in gehöriger Weise im Voraus mitzutheilen.[7] Diese Mittheilung hat gegenüber unbekannten Gläubigern dreimal im öffentlichen Anzeiger des Amtsblattes des letzten Wohnsitzes des Erblassers,[8] falls es sich um den Nachlaß eines Kaufmannes handelt, dessen Geschäfte sich über den Umfang der Provinz erstrecken, auch dreimal in den bezüglichen Amtsblättern zu geschehen. Innerhalb der Zeit von 3 Monaten nach der Anzeige oder Bekanntmachung sind die Gläubiger noch berechtigt, die Miterben gemeinschaftlich zu belangen.[9] Auswärtige Gläubiger haben in dem vorgedachten Falle dies Recht noch binnen 6 Monaten.[10] Ist die Frist abgelaufen und die Theilung vollzogen, so können die Miterben nur noch nach dem Maße ihrer Erbtheile gesondert belangt werden. Da dieselben Beneficialerben sind, haften sie auch nur mit der ihnen zugefallenen Aktivmasse.[11]

c) Von der Theilung nicht benachrichtigte Gläubiger können Jeden der Miterben auf das Ganze belangen.[12] Jedoch tritt auch diese

sammen" bedeutet und nicht auf solidarische Haftung abzielt, hat u. A. Piners a. a. O. dargelegt und das Obertribunal mittels des gedachten Plenarbeschlusses anerkannt. Ebenso R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 1011 ff.

5) Oben § 223 Anm. 12. Daher haben manche Schriftsteller des französchen Rechtes die Nothwendigkeit gemeinsamer Klage gegen die Beneficialerben behauptet, obgleich dies dem code civil art. 873 und 1220 entgegenläuft, vgl. Demolombe traité des successions vol. III liv. III tit. 1 chap. 5 n. 169.

6) Vgl. Präjudiz des O. Trib. 727, aber auch Entsch. Bd. 44 S. 93. R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 914.

7) L. R. I, 17 § 137 ff.

8) Verordnung vom 3. Mai 1804 § 2 und Gesetz vom 21. December 1849 § 3.

9) L. R. I, 17 § 141.

10) L. R. I, 17 § 142. Auswärtige Gläubiger sind hier die nicht in der Provinz des Erblassers wohnenden, vgl. angef. §§ 142. 139. 140.

11) L. R. I, 17 §§ 141. 134. Der Nachweis der gehörigen Bekanntmachung liegt den Erben ob, L. R. I, 17 § 145.

12) L. R. I, 17 § 131 ff. bestimmt, wenn die Erben sich vor Erfüllung ihrer gemeinschaftlichen Verbindlichkeiten in den Nachlaß getheilt hätten, habe jeder Erbschaftsgläubiger die Wahl, ob er sich an die Erben insgesammt im letzten persönlichen Gerichtsstand des Erblassers halten oder Jeden von ihnen nach Verhältniß seines Erbtheiles oder auf das Ganze in seinem eigenen Gerichtsstand belangen wolle. Nach R. C. P. O. § 28 aber können die Nachlaßgläubiger gegen die Miterben im letzten Wohnsitz des Erblassers nur klagen, wenn sich im dortigen Gerichtsbezirk noch

solidarische Verhaftung nur soweit ein, als der Beneficialerbe Nachlaßmasse hinter sich hat;[13] hatte z. B. der Nachlaßgläubiger 6000 zu fordern, und der Miterbe A. 9000, der Miterbe B. 3000 aus der Masse empfangen, so wäre A. bis auf 6000, B. aber nur bis auf 3000 belangbar.[14]

III. Haben die Miterben die Erbschaft ohne Vorbehalt angetreten, so gestaltet sich das Verhältniß folgender Gestalt:[15]

a) Die Nachlaßgläubiger können vor der Theilung die Miterben als solche gemeinsam belangen. Das daraufhin ergangene Urtheil ist in den Nachlaß vollstreckbar; es macht also keinen Unterschied, bei welchem der Erben sich dessen Bestandtheile befinden.

b) Die Nachlaßgläubiger können die Erben aber auch einzeln persönlich belangen. Jedoch darf dies vor der Theilung sowie dann, wenn die Theilung vor ihrer Vollziehung dem Gläubiger gehörig mitgetheilt wurde, nur nach Verhältniß ihres Erbtheils geschehen.

c) Ist aber der Nachlaß ohne vorgängige Anzeige an den Nachlaßgläubiger getheilt, so haften die Miterben persönlich und solidarisch mit ihrem gesammten Vermögen.[15]

IV. In den Fällen, in welchen die Miterben solidarisch für eine Nachlaßschuld einstehen, ist jeder Miterbe befugt, von den übrigen Miterben zu fordern, daß sie binnen angemessener Frist zu dem auf sie fallenden verhältnißmäßigen Theil die Nachlaßgläubiger befriedigen. Auch kann er hierfür Sicherheit verlangen.[16]

V. Stand der Erblasser in gütergemeinschaftlicher Ehe, so haben die Gläubiger der ehelichen Gemeinschaft in entsprechender Weise den

---

Nachlaßsachen befinden, sowie dann, wenn der Nachlaß noch nicht getheilt ist. In anderen Fällen kann die Klage gegen die Erben nur noch in ihrem Wohnsitz angestellt werden.

13) L. R. I, 17 § 134.

14) Vgl. Präjudiz des O. Trib. 938: „Vor der Theilung muß der Erbschaftsgläubiger die sämmtlichen Erben, auch wenn sie auf die Rechtswohlthat verzichten oder sich derselben verlustig gemacht haben, gemeinschaftlich beim Gerichtsstand der Erbschaft belangen, sobald er eine Befriedigung aus dem Nachlaß verlangt; wenn er aber vom Nachlaß abstrahiren und das ihm gleichfalls verhaftete eigene Vermögen der unbedingten Miterben in Anspruch nehmen will, kann er zwar die Erben ohne Vorbehalt auch einzeln vor erfolgter Theilung belangen, jedoch nur auf ihren Erbantheil und in ihrem persönlichen Gerichtsstand.“ Nach der R. C. P. O. § 28 ist die hier betonte prozessualische Verschiedenheit allerdings nicht mehr haltbar, da nach derselben der Nachlaßgläubiger bis zur vollzogenen Erbtheilung schlechthin die Wahl hat, ob er die Erben im letzten Wohnsitz des Erblassers oder in ihrem eigenen belangen will. Aber der Satz des Obertribunals, daß der Erbe ohne Vorbehalt nach Verhältniß seines Erbtheils auch gesondert verklagt werden kann, hat seine Kraft behalten. In der That ist nicht abzusehen, warum solche Erben nothwendig gemeinsam belangt werden sollen, da Jeder persönlich haftet. Dieselbe Ansicht hat Piners a. a. O. S. 544, Eccius Bd. 4 § 273 Anm. 54 a. E. gegen Förster a. a. O.

15) Vgl. L. R. I, 17 §§ 131, 134. Piners a. a. O. S. 544.

16) Vgl. L. R. I, 17 § 147 ff.

überlebenden Ehegatten und die Erben des vorverstorbenen gemeinschaftlich zu belangen, so lange die Theilung der gemeinsamen Masse nicht stattfand.[17]

II. Die Ausgleichung unter Descendenten, die s. g. Kollation.[1]

§ 241. Das Institut der Kollation im Allgemeinen.

I. Haben Einige der Descendenten, welche einen gemeinsamen Ascendenten beerben, von diesem unter Lebenden eine Ausstattung oder gewisse gleichgestellte Vergabungen erhalten, während Andere noch nichts oder doch mindere Beträge von ihm empfangen haben, so sind die Letzteren befugt, aus der Nachlaßmasse eine Ausgleichung zu beanspruchen, sofern der Erblasser keine entgegenstehenden letztwilligen Anordnungen traf. Denn es besteht die Vermuthung, entsprechend der Sitte des Lebens, daß der Erblasser seine Descendenten gleich halten wollte. Diese Ausgleichung pflegt man mit römischem Namen als Kollation zu bezeichnen, wenn auch das römische vorbildliche Institut sehr abweichend von dem entsprechenden preußischen gestaltet ist, und von einem Einwerfen oder Konferiren im wörtlichen Sinne hier keine Rede mehr ist.[2]

Die römisch-justinianische Kollation war das Ergebniß einer Rechtsbildung, welche ihre ursprünglichen Ausgangspunkte verlassen hatte, aber auch bei Verfolgung neuer Ziele an Rechtssätzen festhielt, die sich in den früheren Epochen festgestellt hatten. Die älteren durch das prätorische Edikt geschaffenen Arten der Kollation hatten den Zweck gehabt, die Ungleichheit unter den Descendenten zu beseitigen, welche in Folge der Verschiedenheit ihrer Erwerbsfähigkeit entstand. Die sui des Erblassers erwarben nach klassischem römischem Recht nothwendigerweise Alles, was ihnen durch ihre Rechtshandlungen oder sonst zukam, nicht für sich, sondern für ihren Erblasser, so daß sich der Nachlaß des Hausvaters zum Theil als Ergebniß ihres Erwerbes darstellte; dagegen erwarben seine emancipirten Kinder von der Emancipation an bis zu dem Tode des Erblassers natürlich für sich. Als nun der Prätor mittels der bonorum possessio unde liberi die Emancipirten neben den sui in die Erbschaft des Hausvaters berief, erschien es als Gebot der Gerechtigkeit, daß dieselben hiergegen das Vermögen, welches sie in Folge ihrer Unabhängigkeit bis zum Augenblick des Todes des Erblassers für sich

17) Striethorst Archiv Bd. 46 S. 55.

1) L. R. II, 2 § 303 ff., § 359 ff., Witte Intestaterbrecht S. 222 ff., Goeppert Miteigenthum S. 153. Fein das Recht der Kollation 1842; siehe auch Kohler gesammelte Abhandlungen 1883 S. 124 ff. Dernburg Pand. Bd. 3 § 141.

2) Die Bestimmungen des L. R. bezüglich der Kollation gehören in der Mark nicht zu den suspendirten, da ihr Zweck dahin ging, die Streitfragen des gemeinen Rechtes zu erledigen. Vgl. Striethorst Archiv Bd. 1 S. 70.

erworben hatten, mit den sui theilten; dies war der Gedanke der collatio emancipati.[3] In ähnlicher Weise sollte die collatio dotis die Ungleichheit aufheben, welche daraus entstand, daß die Haustöchter ihre Dos für sich erwarben, während die Haussöhne bei Lebzeiten des Hausvaters nichts für sich erwerben konnten.[4] Die Kollation der christlichen Kaiserzeit, welche sich hieran ansetzte,[5] bezog sich auf dos, propter nuptias donatio und unter Umständen andere Vorempfänge, welche ein Descendent von dem gemeinsamen Ascendenten bei dessen Lebzeiten erhalten hatte, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob die Descendenten in der Gewalt des Erblassers gestanden hatten oder nicht. Nicht die Verschiedenheit der Erwerbsfähigkeit war hier das Bestimmende, sondern die Thatsache des Vorempfanges durch den gemeinsamen Erblasser und die Vermuthung des Willens gleicher Behandlung der Descendenten.

II. In Deutschland erhielt das Institut der Kollation nach der Reception eine erhebliche Umbildung.[6] Weder dos noch propter nuptias donatio spielten hier eine Rolle. Dagegen stellte sich fest, daß zu konferiren sei, was der gemeinsame Ascendent dem Descendenten bei Begründung einer gesonderten Wirthschaft als Ausstattung gegeben hatte.[7] Dabei war die Meinung, daß der Werth zur Zeit des Empfanges und nicht, wie sich bei der älteren römischen

3) Collatio aut re aut cautione facienda est, l. 1 § 11 D. h. t. Die Kaution geschah durch Stipulation, die durch Bürgen versichert wurde; die Stipulation galt als stillschweigend bedingt durch wirkliche Agnoscirung der bonorum possessio Seitens des Kaventen. Nicht der Erwerb der bonorum possessio, sondern die Geltendmachung des Rechtes galt als abhängig von der Kollationsleistung. Wer sie nicht vornahm, dem wurden die Klagen denegirt, seine Erbportion wurde, wenn er die Kaution nicht leisten wollte, den kollationsberechtigten Miterben überwiesen, l. 1 §§ 10, 13, l. 2 § 8, l. 3 pr. D. h. t.

4) Konferirt werden mußte daher nicht blos die dos profectitia, die vom Vater oder Großvater herkam, sondern auch die adventitia, welche sie von anderer Seite empfing, l. 1 § 7 D. de dotis collatione 37, 7.

5) Zuerst durch die l. 17 C. h. t. von Kaiser Leo aus dem Jahre 467 nach Christi Geburt.

6) Es bestand eine ältere Ansicht im gemeinen Recht, wonach die ausgerichteten Kinder durch die nicht ausgerichteten von dem Erbrecht an der väterlichen Verlassenschaft ausgeschlossen wurden, später aber überwog die billigere Ansicht, daß die Ausrichtung, wenn kein Erbverzicht hinzukomme, das Erbrecht nicht entziehe, daß aber wenn die ausgerichteten miterben wollten, ihre Ausrichtung zur Theilung zu bringen sei. So jedenfalls schon Sachsenspiegel I, 13.

7) Die herrschende gemeinrechtliche Ansicht unterwarf das s. g. subsidium paternum, d. h. was den Descendenten, welche eine getrennte Wirthschaft hatten, zur Einrichtung derselben und zur Bestreitung der Haushaltungskosten gegeben war, der Kollation, stützte aber zugleich diese Einrechnung auf die Vermuthung eines stillschweigenden Darlehns, vgl. die bei Fein Kollation S. 259 Angeführten. Demnach ist unter den Neueren bestritten, ob es sich hier wirklich um ein Konferendum oder um ein Darlehen handle. Das Erstere wird u. A. von Vangerow Bd. 2 § 516 Anm. 3 S. 396 geleugnet, dagegen von Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 19 als deutsche Praxis anerkannt.

Kollation festgestellt hatte, was das Empfangene zur Zeit des Todes des Erblassers betrug, angerechnet werden müsse.

III. In selbständiger und zutreffender Weise hat das **preußische Recht** die römische Kollation umgebildet. Hier findet sich kein Mittheilen des Vorausempfangenen, kein Zwang zum Kollationsversprechen und nicht die Gefahr für den Erben, mehr konferiren zu müssen als er empfangen hat. Auch liegt nicht etwa, worauf einzelne Aeußerungen des Landrechtes hinzudeuten scheinen, der Gedanke zu Grunde, daß die kollationspflichtigen Gegenstände zur Nachlaßmasse einbezogen werden.[8] Denn hiernach müßten sich, im Fall des Erwerbes der Erbschaft unter Vorbehalt, die Ansprüche der Erbschaftsgläubiger auf die kollationspflichtigen Gegenstände erstrecken, was nicht der Fall ist. Die landrechtliche Behandlung ist vielmehr so, daß die **nicht oder nicht vollständig ausgestatteten Descendenten soviel aus der Masse im Voraus erhalten, daß sie den Ausgestatteten gleich stehen.**[9] Erst der Rest wird unter die Descendenten nach Köpfen und Stämmen gleich vertheilt. Demgemäß besteht ein Recht auf Ausgleichung regelmäßig nur soweit, als reine Masse vorhanden ist, also wenn nach Tilgung der Lasten, der Erbschafts- und der Nachlaßschulden Mittel zur Ausgleichung vorhanden sind. Auch die Vermächtnisse, welche der Erblasser anordnete, gehen den Ansprüchen der Erben auf Ausgleichung vor.[10]

§ 242. Voraussetzungen der Ausgleichung.

Die Ausgleichung findet, entsprechend dem gemeinen Recht,[1] zu Gunsten und zu Lasten von **Descendenten** statt, welche **Erben des gemeinsamen Ascendenten** geworden sind.[2]

---

8) Es ist nicht korrekt, wenn L. R. I, 9 § 352 ausspricht: „Inwiefern die Erbschaft durch das, was gewisse Miterben bei der Theilung unter einander einwerfen müssen, einen Zuwachs erhalte, ist gehörigen Orts bestimmt." Offenbar liegt hierin noch eine ältere, sich eher an das gemeine Recht anschließende, wenn auch mit ihm nicht identische Auffassung vor, die später durch eine sachgemäßere ersetzt wurde. Uebrigens spricht auch die A. G. O. I, 46 § 10 von einem „Einwerfen" der Konferenda.

9) L. R. II, 2 §§ 303, 309. Selbstverständlich ist das solchergestalt zur Ausgleichung aus der Masse Geleistete ein Theil des Nachlasses, dagegen gehört die unter Lebenden dem Miterben gegebene Ausstattung zum Nachlaß nicht. Sie kommt hier nur in Betracht, weil sie den Grund und das Maß der Ausgleichung bildet, vgl. Witte a. a. O. S. 250. R. G. bei Gruchot Bd. 38 S. 1057.

10) Nicht selten spricht übrigens das L. R. — z. B. II, 2 § 325 — davon, daß den ausgestatteten Kindern ihre Ausstattung „angerechnet" werde, während streng genommen eine entsprechende Summe zu ihren Ungunsten von dem Nachlasse zu Gunsten der nicht ausgestatteten Kinder „abgerechnet" wird.

1) l. 17 C. h. t. 6, 20. Thibaut über die Befreiung der Ascendenten und der Brüder von der Kollationspflicht, Archiv f. c. Pr. Bd. 5 S. 330 ff.

2) Vgl. L. R. II, 2 § 323.

1. Eine Ausgleichung hat daher nicht zu geschehen, falls Verwandte der Seitenlinie die Erben sind,[3] z. B. wenn der Erblasser mit Hinterlassung von Geschwisterkindern verstirbt, denn eine allgemeine Vermuthung, daß der Erblasser die gleiche Behandlung seiner gesetzlichen Erben eintreten lassen wollte, kann bei entfernteren Verwandten nicht, wie bei Descendenten, Platz greifen.

Des Weiteren ergiebt sich aus dem an die Spitze gestellten Satz, daß die Ausgleichung keinen Einfluß auf die Rechte des überlebenden Ehegatten des Erblassers hat, welcher ihn neben dessen Descendenten beerbt.[4] Dem Ehegatten wird also sein Erbtheil aus der Nachlaßmasse berechnet, ohne daß die Ausgleichungssummen für die nichtausgestatteten Kinder vorher abgezogen werden.[5]

2. Anspruch auf die Ausgleichung haben ehelich geborene, adoptirte[6] und legitimirte Kinder,[7] wie auch Uneheliche bei Beerbung ihrer Mutter, sowohl wenn uneheliche, als auch, wenn eheliche Kinder derselben von ihr eine

3) Nach dem Cod. Max. bav. III, 1, 15 n. 1 konferiren alle Notherben, vgl. auch Roth bayer. C. R. Bd. 3 § 375 Anm. 4 ff.

4) L. R. II, 2 § 323 ff. Wer sich dem Erblasser gegenüber verbunden hat, eine Vorausgabe zur Ausgleichung zu bringen, ist hierzu doch im Zweifel nur verpflichtet gegenüber dessen kollationsberechtigten Descendenten, nicht aber etwa zu Gunsten des Ehegatten des Verstorbenen. Entsch. des O. Trib. Bd. 82 S. 24. — Besonderheiten enthält das Gesetz, betreffend das eheliche Güterrecht in Westphalen vom 16. April 1860 § 8. Welter das eheliches Güterrecht in Westphalen § 179.

5) L. R. II, 2 § 326 bestimmt: „Hat jedoch ein in der Gütergemeinschaft lebender Ehemann seine Kinder aus früheren Ehen während einer folgenden ohne Einwilligung der Ehefrau reichlich ausgestattet und beträgt nach seinem Abgange das gemeinschaftliche Vermögen nicht soviel, daß die Ehefrau wenigstens das, was sie in die Gemeinschaft gebracht hat, zurückerhalten kann, so müssen ihr die ausgestatteten Kinder das Fehlende soweit ersetzen, wie sie mehr als die eigentliche Nothdurft zur Ausstattung erhalten haben." Manche sehen hierin einen Anspruch auf Kollation Seitens der überlebenden Ehefrau. So Crelinger Erbrecht S. 226, Bornemann Bd. 6 S. 181. Offenbar wird aber vielmehr ein Recht der Frau auf Rücknahme der übermäßigen Ausstattung anerkannt. Nach L. R. II, 1 § 382 — oben § 37 Ziff. 3 Buchst. b — kann die in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Frau Schenkungen ihres Mannes bis zum Belauf des Fehlenden widerrufen, wenn das gemeinschaftliche Vermögen dergestalt erschöpft ist, daß ihr nicht soviel bleibt, als sie in die Ehe gebracht hat. Der Gesetzgeber erklärt nun im angef. § 326, daß das Kindern erster Ehe über das Maß des Nothwendigen hinaus zur Ausstattung Gegebene unter die dort aufgestellten Grundsätze über Liberalitäten falle, Witte Intestaterbrecht S. 228 ff. Zweifelhaft ist, ob der Frau diese Rückforderung auch zustehe, wenn ihre eigenen Kinder zu reichlich ausgestattet sind. Man könnte dies auf Grund eines argumentum a contrario verneinen. Aber ein solches ist dem Landrecht gegenüber, welches die häufigeren Fälle hervorhebt, stets bedenklich. Der Grundsatz des L. R. II, 1 § 382 ist vielmehr auch in diesem Falle anwendbar. Hiernach setzt der Anspruch der Frau nicht voraus, daß das ausgestattete Kind Erbe seines Vaters geworden sei, wie dies im Falle eines Kollationsanspruches nöthig wäre. Ueber gemeines Recht siehe Dernburg Pand. Bd. 3 § 141 Anm. 15.

6) L. R. II, 2 §§ 692, 693.

7) L. R. II, 2 §§ 596, 606.

Ausstattung oder ein sonstiges Konferendum erhielten.[8] Erben aber mehrere uneheliche Kinder gemäß des Gesetzes zusammen $^{1}/_{6}$ des Nachlasses ihres Erzeugers, so kann das unausgestattete Kind keine Ausgleichung gegenüber einem ausgestatteten in Anspruch nehmen, da es sich hier um ein außerordentliches Erbrecht handelt, zudem aber die Vermuthung gleicher Liebe des Erzeugers und des Willens gleicher Behandlung bei diesem Verhältniß keine rechte Grundlage hat. Selbstverständlich haben, wie Söhne und Töchter, so auch Descendenten entfernterer Grade Anspruch auf Ausgleichung, und zwar nicht bloß wegen der den Descendenten ihres eigenen Stammes, sondern auch der den Angehörigen anderer Linien gegebenen Ausstattungen.[9] [10] Andererseits kommt nicht bloß zur Ausgleichung, was einem Kinde ersten Grades, sondern auch, was einem Enkel oder Urenkel zugewendet ist. Dabei ist aber vorausgesetzt, daß dem Kinde entfernteren Grades die Ausstattung zu einer Zeit gegeben wurde, in welcher dasselbe bereits nächster gesetzlicher Erbe war, da sonst die Gabe nicht als ein mit Rücksicht auf die Erbschaft gegebenes Voraus erscheint.[11] Sehr bestritten ist gemeinrechtlich, ob Enkel oder Urenkel, welche Großeltern oder Urgroßeltern in Folge des Wegfalles der in der Mitte stehenden Eltern beerbt haben, konferiren müssen, was diese an kollationspflichtigen Objekten Seitens des Erblassers erhielten. Hierfür war die deutsche Rechtsauffassung, welche die Ausstattung als zu Gunsten der ganzen Linie gegeben ansah. Zweifelhafter ist die Frage vom

8) Das Letztere kann zweifelhaft erscheinen, weil sie mit ihren ehelichen Geschwistern nicht als verwandt gelten, L. R. II, 3 § 8. Indessen bleibt doch die Thatsache, daß beide Klassen von Kindern ihre Mutter als Descendenten beerben.

9) L. R. II, 2 § 359 hebt ausdrücklich hervor, daß die Ausgleichung nicht bloß unter den Kindern ersten Grades geschehen müsse, sondern auch unter den Linien, wenn in einer oder der anderen Linie nur entferntere Abkömmlinge zur Erbfolge gelangen. Es betrifft dies alle Konkurrenzfälle. Schwierigkeiten ergeben sich, wenn der Nachlaß nicht zureicht, um den in verschiedenen Linien Berufenen die Ausgleichsumme zu gewähren, z. B. es hinterläßt Jemand als Erben seinen Sohn A., und von einem verstorbenen Sohn die Enkel B. und C., der Nachlaß beträgt 6000, B. ist mit 6000 im Voraus ausgestattet. Natürlich muß es dann zur Minderung der Ausgleichsummen kommen. Es ist hierbei zu beachten, daß nach dem zu Grunde liegenden Grundsatze der Gleichheit an sich C. noch eine Ausstattung von 6000, A. eine solche von 12000 zu fordern hätte. Da aber nur 6000 in der Masse vorhanden sind, so kann C. nur 2000 und A. 4000 erlangen. Richtig Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 75.

10) Gemeinrechtlich ist bestritten, ob die Pflicht zur Kollation auch unter Enkeln aus verschiedenen Stämmen bestehe. Fein Collation S. 350 ff., vgl. aber Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 20.

11) Vgl. L. R. II, 2 § 363, wo auch die Auffassung ausdrücklich verworfen wird, daß das den Enkeln Gegebene deren Eltern angerechnet werde. Gemeinrechtlich sind die meisten Schriftsteller insofern anderer Ansicht, als sie das den Enkeln vor dem Tode ihrer Eltern Gegebene als Konferendum derselben ansehen, weil die Gesetze keinen Unterschied machten und die Annahme begründet sei, daß ihnen als künftigen Theilhabern des Familienvermögens gegeben sei, Fein a. a. O. S. 362, Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 21, dagegen aber Dernburg Pand. Bd. 3 § 141 Anm. 13.

Standpunkt des römischen Rechtes. Man fordert meist nur eine Kollation dessen, was dem Enkel von der Vorausgabe zur Zeit des Todes des Erblassers in Folge der Beerbung des ausgestatteten Descendenten gehörte.[12] Nach preußischem Recht können die nichtausgestatteten Descendenten auch eine Ausgleichung dessen fordern, was diejenigen Descendenten, in deren Stelle Kinder oder Kindeskinder einrückten, an kollationspflichtigen Gegenständen erhielten.[13]

Es ist gemeinrechtlich ferner bestritten, ob der Descendent, welchem die Erbportion eines ausgestatteten Descendenten durch Anwachsung anheimfiel, zu konferiren habe, was der Wegfallende hätte konferiren müssen.[14] Nach preußischem Recht hat die Ausgleichung zweifelsohne stattzufinden.[15]

3. Der bei Lebzeiten des Erblassers nicht oder unvollständig ausgestattete Descendent hat nur unter der Voraussetzung Anspruch auf eine Ausgleichung, daß er Erbe des gemeinsamen Ascendenten geworden ist. Zu einer Ausgleichung ist also nicht berechtigt, wer der Erbschaft entsagt oder durch Vermächtniß abgefunden ist, oder wer enterbt wurde und nur einen Pflichttheilsanspruch hat. Andererseits ist aus der Masse wegen der Ausstattung nur solchen Descendenten Ausgleich zu gewähren, welche Miterben geworden sind; es ist also z. B. nichts zu beanspruchen, wenn der ausgestattete Descendent des Erblassers bloß mit einem Vermächtniß bedacht ist.

4. Das Recht auf Ausgleichung ist nach richtiger Ansicht auch dann begründet, wenn die Descendenten durch Testament oder Erbvertrag zur Erbfolge des gemeinsamen Ascendenten gekommen sind, vorausgesetzt, daß sie die nächsten gesetzlichen Erben waren.[16] Dies Recht fällt aber weg, wenn es

12) So Windscheid Bd. 3 § 610 Anm. 20. Die entgegengesetzte Meinung war jedoch unter den älteren gemeinrechtlichen Schriftstellern sehr verbreitet, wobei der Gedanke des Repräsentationsrechtes einwirkte, vgl. Hymmen Bd. 1 S. 58, und dort Angeführte; so Leyser spec. 409, Berger oeconomia juris II, 4 th. 51 n. 1. Sieh auch Dernburg Pand. Bd. 3 § 141 Anm. 14.

13) L. R. II, 2 § 359 ff.

14) Dagegen Fein Kollation S. 369, Vangerow Bd. 2 § 516 Anm. 2 I, 6 für das gemeine Recht.

15) Der Erblasser hinterläßt z. B. den Enkel A. vom vorverstorbenen Sohn X., die Enkel B. und C. von Y. B. ist ausgestattet, er fällt weg und sein Erbtheil akkrescirt dem C. A. kann hier eine entsprechende Ausgleichung dem C. gegenüber in Anspruch nehmen.

16) Die Frage, ob die Kollation auch bei der testamentarischen Erbfolge stattfinde, ist nach preußischem Recht bestritten. Das frühere römische Recht hatte dieselbe verneint, l. 7 C. de collat. 6, 20; dagegen will sie Justinian zur Anwendung bringen, wenn sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde, eine Bestimmung, die sich durch die Vermuthung der gleichen Behandlung der Descendenten durch den Parens wohl rechtfertigt, wenn auch die Begründung Justinians, daß der Erblasser die Anordnung der Kollation aus Vergessenheit oder in der Todesangst versäumt haben werde, keine streng juristische ist. Nach preußischem Recht folgt die Verpflichtung zur Kollation aus dem Satze von

der Erblasser durch letztwillige Anordnung ausschloß. Auch die privilegirte Form einer Anordnung der Eltern unter den Kindern reicht zur Ausschließung aus.[17] Außerhalb eines letzten Willens abgegebene formlose Erklärungen der Ascendenten über die Ausschließung der Ausgleichung kommen hingegen nicht in Betracht.[18]

5. Lebten die Eltern in gütergemeinschaftlicher Ehe, so gilt die Ausstattung, welche einzelnen Descendenten während des Bestehens der Ehe zu Theil wurde, als aus der gemeinsamen Masse hergegeben. Nichtsdestoweniger ist der nicht ausgestattete Descendent befugt, die Ausgleichung ganz aus dem Nachlaß des Erstverstorbenen der Eltern zu verlangen, soweit derselbe reicht. Soweit derselbe nicht ausreicht, kann er sie aus dem Nachlaß des Ueberlebenden beanspruchen. Nur in dieser Weise wird die vom Gesetz grundsätzlich erstrebte möglichste Gleichstellung der Kinder zur Wahrheit, während dieselbe durch eine Verweisung der Hälfte der Ausgleichung auf den Nachlaß des Längstlebenden keineswegs erreicht würde.[19]

L. R. II, 2 § 390: „was in der letztwilligen Verordnung der Eltern nicht bestimmt ist, muß nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge beurtheilt werden." Dieser Satz entspricht den Grundgedanken der modernen Testamentserbfolge, vgl. oben § 122 bei Anm. 2. Auch die Bestimmungen von L. R. II, 2 § 384 ff. gehen davon aus, daß die Kollation in Testamenten nur durch eine Anordnung der Eltern ausgeschlossen werden kann. Es genügt aber, daß der auf die Ausschließung gerichtete Wille aus der Gesammtheit der Bestimmungen erhellt. So auch R. G. Bd. 12 S. 294, Bornemann Bd. 6 S. 184, Koch zu L. R. II, 2 § 390, Striethorst Archiv Bd. 17 S. 270, dagegen Witte a. a. O. S. 232, Koch Erbrecht S. 1019 ff., Förster Bd. 4 § 274, gegen Letztere aber Eccius dort S. 604.

17) L. R. II, 2 §§ 383, 384.

18) Es folgt dies aus allgemeinen Grundsätzen, — oben § 120 Ziff. 2 — und arg. a contrario aus L. R. II, 2 § 384 § 383. Zu vag spricht sich aus die Begründung in Striethorst Archiv Bd. 73 S. 43. Gemeinrechtlich pflegt man eine formlose Erklärung der Ascendenten als hinreichend zum Erlaß der Kollationspflicht anzusehen.

19) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 74 S. 60 ff., R. G. Bd. 23 S. 291, sowie Gerhardt bei Gruchot Beiträge Bd. 13 S. 421, Kleine in Hinschius' Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 2 S. 338 ff. Namentlich führt Gerhardt a. a. O. S. 440 mit Recht aus, daß dann, wenn der Nachlaß des Erstverstorbenen zur völligen Ausgleichung der Zuwendungen nicht ausreicht, deren rückständiger Betrag bei der Theilung des Nachlasses des Letztverstorbenen der beiden Eltern zur Anrechnung kommt. Die grundsätzlich abweichende Ansicht von Krantz bei Gruchot Beitr. Bd. 3 S. 225 ff. beruht auf Verkennung der Grundgedanken der landrechtlichen Kollation. Er behauptet: hat unter Eheleuten Gütergemeinschaft stattgefunden, so werden bei der Auseinandersetzung zwischen dem Ueberlebenden von ihnen und den Kindern des Verstorbenen die den Letzteren aus dem gütergemeinschaftlichen Vermögen ohne Vorbehalt gegebenen Ausstattungen dem hinterbliebenen gemeinschaftlichen Vermögen zugerechnet und von der so gebildeten Theilungsmasse die Hälfte dem überlebenden Ehegatten als sein Eigenthum überwiesen, während die andere Hälfte den Kindern vertheilt wird, womit die Ausgleichung ins Werk gesetzt wird; findet sich dabei, daß einzelne Kinder mehr als ihren Erbtheil als Ausstattung erhalten haben, so wird dasjenige, was sie überhoben haben, dem überlebenden Ehegatten abgezogen; diesem verbleibt aber stets die Hälfte des wirklich vorhandenen Vermögens.

§ 243. Die Gegenstände der Ausgleichung.

I. Die neuere römische Kollation hatte ihren Ausgang genommen von der dos, dieser wurden dann die propter nuptias donatio[1] und die militia, d. h. eine gekaufte rentable Beamtung[2] gleichgestellt. Außerdem unterlagen Schenkungen der Kollation, wenn sie mit dieser Bestimmung gegeben waren, oder wenn der Beschenkte keine dos oder propter nuptias donatio empfangen hatte, während ein anderer Descendent, ohne beschenkt zu sein, eine dos oder propter nuptias donatio zu konferiren hatte.[3] Auf diese theils veralteten, theils kasuistisch zufälligen Bestimmungen war die gemeinrechtliche deutsche Praxis verwiesen, und es war nur zu natürlich, daß sie sich in Streitfragen erschöpfte, ohne zweckmäßige Ergebnisse gewinnen zu können.

II. Das Landrecht hat die Ausgleichung der Ausstattungen zum Mittelpunkt der Lehre gemacht, außerdem sind auszugleichen Schenkungen bestimmter Gegenstände, sowie solche Gaben, von denen der Erblasser dies besonders vorschrieb.

1. Die Ausstattung ist eine Vermögenszuwendung, welche einem Kinde behufs Begründung seiner wirthschaftlichen Selbständigkeit gewährt wurde, also namentlich bei seiner Verheirathung, bei Errichtung einer abgesonderten Wirthschaft, bei Beginn eines Gewerbes, und bei Uebernahme eines Amtes.[4] Hiernach werden unter Anderem zur Ausstattung gerechnet die Mitgabe der Tochter bei deren Verehelichung, der Erbschatz, ein Ehevermächtniß oder Gegenvermächtniß, Brautgeschenke, ferner die Auslagen für den Erwerb einer Präbende oder Rente.[5]

Zur Ausstattung gehört somit nicht, was zur Erhaltung,[6] Erziehung, Ausbildung des Kindes verwendet wurde, trotzdem, daß ihm hierdurch die Möglichkeit, seinen Lebensunterhalt selbständig zu erwerben, zu Theil wurde. Auch Promotionskosten sind nicht zur Ausstattung zu rechnen, da sie der Erlangung einer persönlichen Eigenschaft dienen, bei welcher zurücktritt, ob sie zugleich die wirthschaftliche Selbständigkeit vorbereitet oder fördert.[7]

---

1) l. 17 C. h. t. 6, 20. Oben § 241 im Text hinter Anm. 25.

2) l. 20 C. h. t. 6, 20.

3) l. 20 § 1 C. h. t. Fein a. a. O. S. 210 ff.

4) L. R. II, 2 § 303 ff., oben § 48 Ziff. 1, R. G. bei Gruchot Bd. 28 S. 965.

5) Auch ein Ausgedinge auf einem Grundstück des Ascendenten kann eine Ausstattung bilden. Aber die bezüglichen Zuwendungen sind natürlich nur dann Ausstattungen, wenn sie den Zwecken einer selbständigen Etablirung dienen, was in dem bei Striethorst Archiv Bd. 1 S. 74 behandelten Fall nicht zutraf.

6) z. B. Zuschüsse an einen Officier behufs seiner Sustentation.

7) Man streitet insbesondere, ob die Promotionskosten eines Arztes zur Ausstattung gehören. Hierfür war Suarez nach Bornemann Bd. 6 S. 171, Koch Erbrecht S. 1011, dagegen Förster Bd. 4 § 274, weil nach § 29 der deutschen Gewerbeordnung vom 21. Juni 1869 die Promotion nicht mehr gesetzliche Voraussetzung der Zulassung

Begreiflich ist weiter zur Ausstattung nicht zu zählen die Aufwendung der Kosten eines Ehevertrags, der Trauung oder auch des Hochzeitsschmauses, da hierin eine Beihülfe zur selbständigen Wirthschaft nicht liegt.[8]

Die Ausstattung muß aus dem Vermögen des Erblassers geleistet sein. Sie ist also nicht zu konferiren, wenn sie in Erfüllung einer besonderen Verpflichtung geschah, wenn sie z. B. der Vater ausgerichtet hat, um einem von der Mutter des Kindes, deren Erbe er wurde, aufgelegten Vermächtniß nachzukommen.

2. Der Ausstattung gleichgestellt sind Schenkungen von Grundstücken, von immobiliaren Gerechtigkeiten, sowie von ausstehenden Kapitalien.[9] Zu diesen Kapitalien sind auch auf den Inhaber lautende Papiere zu rechnen.[10]

Nicht unterliegt also der Ausgleichung eine Schenkung von baarem Geld,[11] oder von Anweisungen behufs Erhebung einer Geldsumme,[12] oder die schenkungsweise Uebermachung eines Wechsels, da unter ausstehendem Kapital eine für die Dauer bestimmte Forderung zu verstehen ist. Auch der unentgeltliche Erlaß einer Schuld des Sohnes gegen den Ascendenten bildet an sich keine zur Kollation verpflichtende Schenkung eines ausstehenden Kapitales; anders steht es aber beim Erlaß einer Hypothekenforderung, da diese auf den Eigenthümer übergeht und von ihm weiter begeben werden kann.[13]

---

zur ärztlichen Praxis sei. Der Grund ist nicht durchschlagend, die Ausübung des ärztlichen Berufes wird ohne Zweifel immer noch durch den wissenschaftlichen Grad thatsächlich gefördert. Gegen Förster auch Eccius Bd. 4 § 274 S. 599.

8) Die Schriftsteller sind freilich nicht einig, Koch zum § 305 des Titels will die Hochzeitskosten angerechnet haben.

9) L. R. II, 2 § 328, 329. Es gilt dies nicht bloß für vollzogene sondern auch für gültig versprochene Schenkungen solcher Vermögensstücke, so auch Eccius Bd. 4 § 274 Anm. 52 gegen Förster.

10) Nach Präj. 1317ᵃ des Obertribunales umfaßt der Ausdruck „ausstehende Kapitalien" auch auf den Inhaber lautenden „Staatspapiere". Selbstverständlich gilt das Gleiche auch für andere Schuldscheine auf den Inhaber, z. B. von Gemeinden, Eisenbahngesellschaften. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 32 S. 119. Ob auch Aktien unter den ausstehenden Kapitalien begriffen sind, kann bezweifelt werden. Mit Rücksicht auf den Zweck des Gesetzes wird man die Frage zu bejahen haben. Dagegen freilich Eccius Bd. 4 § 274 Anm. 56.

11) Striethorst Archiv Bd. 1 S. 68 ff.

12) Entsch. des O. Trib. Bd. 34 S. 245 sprach dies aus für Bankpapieranweisungen.

13) R. G. Bd. 33 S. 290. In der Entscheidung des O. Trib. Bd. 44 S. 182 wird dem Forderungserlaß schlechthin die Natur des Konferendum abgesprochen und zugefügt: „Die Entscheidung könnte nur bei Hypothekenforderungen bedenklich erscheinen, aber auch dies ist wegen der singulären Natur der Hypothek des Eigenthümers und weil dieses Institut dem A. L. R. überhaupt fremd gewesen, abzulehnen." Allein nach dem E. E. G. vom 5. Mai 1872 § 64 ist der eingetragene Eigenthümer berechtigt, auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen oder über sie zu verfügen, oben Bd. 1 § 338 Ziff. 2. Nach dieser Bestimmung, die übrigens der Sache nach mit dem früheren

Bestritten ist, ob remuneratorische Schenkungen ausgleichungspflichtig sind? Es ist dies um deswillen zu verneinen, weil das Institut der Kollation auf der Vermuthung beruht, daß die Eltern ihre Kinder in gleicher Weise behandeln und einzelne von ihnen nicht grundlos begünstigen wollten. Remuneratorische Schenkungen aber, da sie in den besonderen Verhältnissen ihre Rechtfertigung finden, unterliegen dieser Vermuthung nicht.[14]

3. Die Eltern können besonders ihre Kinder verpflichten, daß dieselben erhaltene Gelder oder Sachen, oder auf die Kinder verwendete Kosten sich auf ihrem Erbtheil anrechnen lassen müssen.[15] Dies gilt selbst für Auslagen, zu welchen die Eltern verpflichtet waren, wie Alimente und Erziehungskosten.[16] Es ist aber Bedingung einer derartigen Verfügung, daß der Betrag dessen, was zur Ausgleichung kommen soll, in bestimmter Summe, sei es in der Anordnung selbst oder in einer in Bezug genommenen sonstigen Aufzeichnung angegeben wird.

Diese Anordnung der Eltern über die Ausgleichung kann in einer letztwilligen Verfügung geschehen, und zwar auch in den erleichterten Formen des Testamentes unter Kindern.[17] Es genügt aber auch, die Ausgleichung sofort bei der Gewährung der Zuwendung an den Descendenten selbst formlos vorzuschreiben.[18]

§ 244. Der Anspruch auf Ausgleichung.

1. Die Bestimmung des juristischen Wesens des Anspruches auf Ausgleichung hat Schwierigkeiten. Denn wenn er auch seiner Natur nach eine gewisse Aehnlichkeit mit einem stillschweigenden Vermächtniß hat, so ist er doch eigener Art.

2. Der Anspruch entsteht mit dem Tode des Erblassers, geht aktiv und passiv auf die Rechtsnachfolger des Erben über, ist abtretbar und pfändbar. Er ist bedingt durch einen Reinertrag des Nachlasses, und steht den Ansprüchen

---

Recht übereinstimmt, ist ein derartiger Erlaß identisch mit einer Abtretung der Hypothek. Dies muß für die Frage, ob eine kollationspflichtige Schenkung vorliegt, derzeit maßgebend sein. Ob zur Zeit des Inkrafttretens des Landrechtes der Erlaß der Hypothekenforderung bereits als Uebertragung eines Kapitales zu erachten war, ist für die Frage, ob dies derzeit der Fall ist, ohne Bedeutung. Die Meinungen der Schriftsteller sind getheilt, gegen das Obertrib. Koch, für dasselbe Förster Bd. 4 § 174, dagegen aber Eccius das. Anm. 55.

14) So hat das Obertrib. entschieden und die Zustimmung von Koch zu L. R. II, 2 § 328 gefunden. Anderer Ansicht ist Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 38 ff.

15) L. R. II, 2 § 386 ff.

16) Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 97.

17) L. R. II, 2 § 383. Wird bestritten, daß die Kinder die bezügliche Gabe erhielten, so liegt der Beweis den Miterben ob, welche die Ausgleichung fordern.

18) So auch Witte Intestaterbrecht S. 241 und andere Schriftsteller, dagegen Bornemann Bd. 6 S. 174. Vgl. R. G. Bd. 23 S. 293.

der Legatare nach. Meistens wird er bei der Erbaussonderung erledigt, darf jedoch auch vorher geltend gemacht werden, falls seine Voraussetzungen feststehen, weil er eben der Theilung des Nachlasses unter den Erben vorangeht.[1] Nach Beendigung der Erbtheilung kann der Anspruch nur noch unter denselben Voraussetzungen erhoben werden, unter denen andere Uebergehungen nach erfolgter Erbtheilung noch zur Sprache gebracht werden können, also namentlich wegen Irrthums.[2]

3. Die Höhe der Ausgleichung ergiebt sich aus dem Betrage der Ausstattungen und der Vorempfänge der Miterben. Grundsätzlich ist der Werth derselben zur Zeit des Empfanges anzurechnen, dies ist namentlich für baare Gelder, vertretbare Sachen anderer Art, ausstehende Kapitalien und für Grundstücke anerkannt.[3] Bei Mobilien soll jedoch nach besonderer Gesetzesvorschrift der Werth zur Zeit der Erbtheilung in Anschlag kommen.[4]

Eine etwaige Werthbestimmung des Ascendenten bei der Zuwendung ist maßgebend.[5] Doch soll dem Ausgestatteten, wenn jene Bestimmung nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes eines Grundstückes erreicht, diese Hälfte in Anrechnung gebracht werden.[6] Auch ist einseitige Werthbestimmung des Ascendenten nur verbindlich, wenn sie in den Formen der letztwilligen Verfügung geschieht.[7] Endlich darf sie keine Pflichttheilsverletzung enthalten.[8]

---

1) L. R. II, 2 § 303, Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 32, vgl. auch Entsch. des O. Trib. Bd. 10 S. 190.

2) Vgl. unten § 246.

3) Vgl. L. R. II, 2 § 332 ff. Der § 334 d. Tit. stellte eine Regel für den Beweis auf, die heutzutage keine Geltung hat, es sollte nämlich beim Mangel anderer Nachrichten der frühere Erwerbspreis des Grundstückes zu Grunde gelegt werden. Ob dies der Sachlage entspricht, hat nunmehr der Richter nach freier Beweiswürdigung im Einzelfall zu ermessen.

4) Vgl L. R. II, 2 §§ 346, 347. Man hielt dies für billig, weil die nicht ausgestatteten Descendenten inzwischen vermuthlich die Mobilien der Eltern benutzt hätten. Deshalb sollen Stücke, welche durch den Gebrauch oder sonstwie ohne grobes Versehen des ausgestatteten Kindes vernichtet oder verloren wurden, außer Ansatz bleiben.

5) L. R. II, 2 §§ 336, 345.

6) L. R. II, 2 § 338. Witte Intestaterbrech S. 243 vertheidigt die Meinung, daß statt „um mehr als die Hälfte" d. h. des Anschlages zu lesen „um mehr als das Doppelte." Koch zu § 338 und Gruchot Erbrecht Bd. 3 S. 48 verstehen aber um mehr als die Hälfte „des wahren Werthes," wodurch eine Verbesserung des Textes überflüssig wird. Bei Mobilien entscheidet die Bestimmung des Ascendenten schlechthin L. R. II, 2 § 345.

7) L. R. II, 2 §§ 341, 385. Völlig grundsatzlos ist es freilich, wenn der § 342 d. Tit. dem ausgestatteten Kinde bei einseitiger unter Lebenden erfolgter Werthbestimmung des Erblassers die Wahl giebt, ob es das Grundstück für den ausgemittelten Werth behalten oder dasselbe zur Masse zurückgeben und mit seinen Geschwistern theilen will.

8) Diese Einschränkung der im L. R. ausgesprochenen Sätze ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen.

4. Zinsen und Früchte gebühren dem Ausgleichungsberechtigten nicht.[9]

5. Ausnahmsweise kann der nicht ausgestattete Descendent von dem ausgestatteten eine Ausgleichung aus dessen eigener Ausstattung fordern.[10] Dies nämlich dann, wenn der Nachlaß des Vaters nicht ausreicht, um den unversorgten Kindern desselben eine zur ersten Einrichtung unentbehrliche, nothdürftige Ausstattung zu gewähren. Dann ist von jedem der Ausgestatteten ein Beitrag von höchstens $1/3$ der erhaltenen Ausstattung zu gewähren, soweit sie über das Nothdürftige hinausging. Sie ist für den Fall des künftigen Bedürfnisses im Voraus sicher zu stellen; bis zu dessen Eintritt bleibt sie zinslos.

Auch die Erziehung unversorgter Abkömmlinge des gemeinsamen Ascendenten haben die ausgestatteten Miterben im Nothfall zu übernehmen.[11]

III. Die Auseinandersetzung der Miterben.

§ 245. Das Verfahren der Auseinandersetzung.[1]

1. Im Einverständniß aller Betheiligten kann die Auseinandersetzung der Miterben außergerichtlich geschehen, sei es vor einem Notar oder mittels Privatschrift. Dieser Weg ist auch zuläſſig, wenn Bevormundete betheiligt sind, falls die Vormünder ihn einschlagen wollen.[1a] Auf Antrag eines der Betheiligten muß aber gerichtliche Auseinandersetzung eintreten. Sie vollzieht sich nicht, wie bei dem römischen familiae erciscundae judicium, in den Formen des Prozesses vor dem Prozeßrichter, sondern im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit beim Nachlaßgericht. Das Verfahren geschieht zwar auf Betreiben der Betheiligten, de nn von Amtswegen wird die Verhandlung nicht eingeleitet noch wenn von den Betheiligten eingestellt, fortgeführt, aber es ist nicht an die Formen des Civilprozesses gebunden, unterliegt nicht dessen Androhungen[2] und führt nicht zu einem Urtheil. Ist über Behauptungen und

9) Vgl. L. R. II, 2 § 307. „Zinsen oder andere Nutzungen kommen dabei niemals in Anrechnung.“ Siehe Koch Erbrecht S. 1012, Eccius Bd. 4 § 274 Anm. 60.

10) Vgl. L. R. II, 2 § 313 ff. Daß nur diejenigen Kinder, welche über das Nothdürftige hinaus ausgestattet wurden, den Unausgestatteten etwas abgeben müssen, liegt im Sinne des Gesetzes. Hierfür Koch Erbrecht S. 1030 gegen Bornemann Bd. 6 S. 176.

11) Vgl. L. R. II, 2 §§ 321, 322 und über den Fall, daß der Erblasser in gütergemeinschaftlicher Ehe lebte, § 326, oben § 242 Anm. 5.

1) L. R. I, 17 § 117 ff. A. G. O. I, 46 §§ 1—25: „Von Erbsonderungen und Auseinandersetzungen.“ Korte in Ulrich's Archiv Bd. 6 S. 206 ff. Kuhr bei Gruchot Beitr. Bd. 5 S. 269 ff.

1a) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 43 Abs. 2, oben § 85 Anm. 9 und § 39 Anm. 14.

2) Die Ladung zum Verfahren kann daher gegen die Provokaten nur unter der Androhung erfolgen, daß im Fall ihres Nichterscheinens die Behauptungen der Provokation im Prozeßwege ausgetragen wurde.

Anträge Einverständniß unter den sämmtlichen Betheiligten nicht zu erzielen, so muß der Streit mittels Klage an den Prozeßrichter gebracht und durch dessen Entscheidung erledigt werden.[3] Schließlich ist nach Maßgabe der Parteierklärungen, sowie der rechtskräftigen Entscheidungen vom Nachlaßrichter ein Theilungsplan, der s. g. Erbreceß, aufzustellen und den Betheiligten zur Vollziehung vorzulegen.[4] Auch nach dieser Vorlegung sind Erinnerungen zulässig, ohne daß hierfür vom Nachlaßrichter eine Frist mit verbindlicher Wirkung festgestellt werden kann.[5] Der Receß ist wie eine private Auseinandersetzung, wenn Mündel betheiligt sind, der Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes zu unterstellen. Wird die Vollziehung des Recesses verweigert oder verzögert, so kann jeder Betheiligte gegen den sich Weigernden und, falls das Vormundschaftsgericht die Genehmigung versagt, gegen den Mündel auf Anerkennung klagen. Das rechtskräftige Erkenntniß ersetzt die Vollziehung der Betheiligten, wie auch die Genehmigung des Vormundschaftsgerichtes.

Da das Erbtheilungsverfahren keinen Civilprozeß bildet, macht seine Eröffnung die unter den Miterben schwebenden Streitigkeiten nicht rechtshängig.[6]

2. In der Regel ist jeder Miterbe jederzeit befugt, das Auseinandersetzungsverfahren zu beantragen. Auch eine theilweise Erbtheilung ist zulässig, sofern durch solche Theilung nicht berechtigte Interessen verletzt werden.[6a] Der Erblasser kann die Theilung nicht schlechthin verbieten,[7] wohl aber die Aussetzung der Theilung bis zu einer gewissen Zeit oder bis zum Eintritt einer gewissen Begebenheit anordnen.[8] Auch ist er befugt, die Theilung bestimmter einzelner zum Nachlaß gehörender Stücke zu untersagen, was jedoch nur für 2 Grade Geltung haben kann, wenn nicht ein Familienfideikommiß errichtet wird.[9] An derartige Verfügungen ist aber der Pflichttheilserbe nicht gebunden, welchem nur der Pflichttheil hinterlassen wurde.

---

3) Vgl. oben § 213 Ziff. 3.
4) A. G. O. I, 46 § 25.
5) Striethorst Archiv Bd. 20 S. 44.
6) Striethorst Archiv Bd. 72 S. 331 ff.
6a) R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 690. Nicht entgegensteht A. G. O. I, 46 § 25.
7) L. R. I, 17 § 118.
8) L. R. I, 17 § 121, vgl. l. 14 § 2 D. comm. div. 10, 3. Koch bemerkt: es versteht sich, daß jeder einzelne Erbe auf Befolgung der Vorschrift bestehen kann, die unter sich einigen Erben finden in derselben kein Hinderniß. Es wird aber der Nachlaßrichter der Theilung Anstand zu geben haben, wenn nicht den Erben gute Gründe zur Seite stehen, von der Verordnung des Erblassers abzugehen. A. Ansicht Eccius Bd. 4 § 279 Anm. 29 denn „der Richter dürfe die Niederschrift einer nicht gesetzwidrigen Einigung nicht weigern." Aber die Theilung gegen Verbot des Erblassers ist eben gesetzwidrig.
9) L. R. I, 17 §§ 119, 120.

Nach der älteren preußischen Gesetzgebung lag es den Vormündern in der Regel ob, sofort gerichtliche Erbtheilung herbeizuführen, sofern sie der Erblasser nicht verboten oder wenigstens ihrem Ermessen anheimgestellt hatte.[10] Derzeit unterliegt es dem Ermessen des Vormundes, ob er die Auseinandersetzung betreiben oder die Gemeinschaft fortsetzen will.[11]

3. Das Recht, auf Theilung anzutragen, unterliegt keiner Verjährung,[12] so lange die Miterben im Mitbesitz des Nachlasses sind. Dagegen verjährt die Erbschaftsklage des Miterben, welcher die Verjährungszeit hindurch nicht im Besitz war, es fällt damit folgeweise auch der Anspruch auf Erbtheilung weg.[13]

4. Das römische familiae erciscundae judicium konnte nur einmal angestellt werden; blieben Objekte ungetheilt, so war für spätere Auseinandersetzung die communi dividundo actio zu wählen.[14] Nach preußischem Recht ist die gerichtliche Erbtheilung statthaft, solange noch ungetheilte Nachlaßsachen vorhanden sind.

5. Das Recht, auf die Nachlaßregulirung anzutragen, hat jeder Miterbe.[15] Pflichttheilsberechtigte, welche nicht zu Erben eingesetzt sind,[15a] sowie Legatare, haben ein derartiges Recht nicht.[16] Auch der Käufer der Erbschaft ist zum Antrag berechtigt,[17] desgleichen der Konkursverwalter und der Gläubiger des Miterben dann, wenn er sich das Recht, die gerichtliche Regulirung des Nachlasses zu beantragen, überweisen ließ.

Der Antrag muß gegen sämmtliche Miterben gerichtet werden.[18] [19]

---

10) L. R. II, 18 § 409 ff.

11) Vormundschaftsordnung vom 5. Juli 1875 § 43.

12) L. R. I, 17 § 76.

13) Striethorst Archiv Bd. 34 S. 197. Vgl. oben § 230 Anm. 37, Bd. 1 § 164 Anm. 8. Unterbricht der gerichtliche Antrag auf Auseinandersetzung die Verjährung. Dagegen die herrschende Lehre vgl. oben Bd. 1 Anm. 18. Schwerlich mit Recht.

14) l. 20 § 4 D. fam. ercisc. 10, 2. Nur die auf das theilende Stück sich beziehenden Ansprüche waren bei der a. communi dividundo vorzubringen, nicht solche, die sich auf die Gesammtmasse bezogen.

15) Vgl. L. R. I, 17 § 117. Auch der Nacherbe hat dies Recht, vgl. l. 40 D. h. t. 10, 2.

15a) Siehe oben § 197 Ziff. 1.

16) Legatare können also ihre Ansprüche nur im Prozeßwege verfolgen.

17) L. R. I, 11 § 454. Kam. Ger. Bd. 4 S. 58.

18) Das Gegentheil spricht aus l. 2 § 4 D. h. t. 10, 2: dubitandum autem non est, quin familiae erciscundae judicium et inter pauciores heredes ex pluribus accipi possit. Anders Paul. sent. I, 18 § 4. Versteht man die Pandektenstelle so, daß nicht nothwendig unter allen Miterben wirkliche Theilung vorgenommen werden muß, wie z. B. wenn Mehrere in der Kommunion verbleiben wollen, während Einer abgefunden werden soll, so kann dies auch für das preußische Recht gelten. Beim Verfahren jedoch müssen alle Miterben vertreten sein. Vgl. über das gemeine Recht Zimmermann Archiv f. c. Pr. Bd. 34 n. 9, n. 14.

19) Auch für das preußische Recht ist anwendbar l. 25 §§ 3 und 4 D. h. t.: de pluribus hereditatibus, quae inter eosdem ex diversis causis communes sunt, unum familiae erciscundae judicium sumi potest.

Im Antrag auf Theilung setzt der Antragsteller das Miterbrecht der Provokaten voraus, derselbe ist jedoch nicht als ein den Antragsteller schlechthin bindendes Anerkenntniß aufzufassen.[20] Wird dem Antragsteller oder einem Mitprovokaten die Eigenschaft als Erbe Seitens eines Provokaten bestritten oder ist über die Höhe des Erbtheils der Betheiligten Streit, so ist die Nachlaßregulirung auszusetzen und sind zuvörderst — auf Grund der hereditatis petitio partiaria — diese Vorfragen mittels rechtskräftigen Erkenntnisses zu erledigen.[21] Doch kann der Miterbe, wenn nur die Höhe seines Erbtheils bestritten ist, verlangen, daß während der Verhandlung dieser Präjudicialfrage die Erbtheilung auf beide Fälle, sowohl seines Obsiegens als seines Unterliegens, angelegt werde.[22] Selbstverständlich ist eine Theilung unter denjenigen, welche sich als die einzigen Miterben anerkennen, zulässig, auch wenn noch andere angebliche Erbbetheiligte vorhanden sind.[23] Diese können, wenn ihren Ansprüchen durch die Theilung erhebliche Nachtheile drohen, gerichtliche vorläufige Verfügungen gegen dieselbe erwirken.

6. Die Aufgaben des Verfahrens sind folgende.

a) Zunächst ist die Theilungsmasse festzustellen. Zu derselben gehören sämmtliche Gegenstände, welche der Erblasser im vollständigen Besitz hatte, auch wenn das Eigenthum desselben in Frage steht, es handle sich denn um durch Verbrechen Erworbenes.[24] Es kann jedoch der Miterbe, welcher selbst Eigenthum an dem vom Erblasser Hinterlassenen geltend macht, hierauf eine Einrede gegen dieses Hereinziehen in die Erbtheilung gründen.[25] Auch die Aktivforderungen des Erblassers sind im Gegensatz zum römischen Recht regelrecht Bestandtheile der Theilungsmasse. Als Grundlage dienen ein etwaiges Inventar,[26] sowie die vom Erbschaftsbesitzer zu legende Rechnung, welche auf Antrag eines Betheiligten durch Offenbarungseid zu bestärken sind.[27]

20) l. 37 D. h. t.: qui familiae erciscundae judicio agit, non confitetur adversarium sibi esse coheredem. Manche streichen das non auf Grund der Autorität der Basiliken, vgl. hiergegen Vangerow a. a. O. Bd. 2 § 514 unter 4.

21) A. G. O. I, 46 § 3 ff., R. G. bei Gruchot Bd. 24 S. 1010, L. R. I, 17 § 166. Nach römischem Recht konnte der Miterbe, welcher im Besitz der Erbschaft war, mit der actio familiae erciscundae klagen, auch wenn sein Erbrecht bestritten war; nur wer nicht im Besitz war und bestrittenes Erbrecht beanspruchte, wurde mit der Einrede ne praejudicium fiat hereditati auf die hereditatis petitio partiaria zurückgewiesen, l. 1 § 1 D. h. t. 10, 2.

22) A. G. O. I, 46 § 4.

23) Vgl. L. R. I, 17 § 167.

24) l. 10 D. h. t.: quas alienas defunctus bona fide possidet. Ein interessantes Beispiel giebt Striethorst Archiv Bd. 53 S. 316.

25) Dies gilt auch, wenn der Miterbe die angeblichen Rechte eines Dritten von diesem erwirbt, Striethorst Archiv Bd. 39 S. 109.

26) Nach A. G. O. I, 46 § 7 konnte die Legung des Inventars dem Besitzer des Nachlasses ohne vorgängigen Prozeß durch das Nachlaßgericht mittels executio ad faciendum abgezwungen werden. Das ist jetzt wohl antiquirt, Eccius Bd. 4 § 273 Anm. 33. Kam. Ger. Bd. 8 S. 26.

b) Des Weiteren sind die Anrechte der Theilungsinteressenten zu ermitteln. Dabei kommt nicht bloß die Höhe ihres Erbtheils in Betracht, sondern auch Ansprüche wegen Vorvermächtnissen, wegen Auslagen, welche sie für die Masse machten, sowie Forderungen gegen die Miterben, welche Erbschaftssachen verbrauchten oder verschlechterten. Ferner sind die s. g. Konferenda zu berücksichtigen und die Ansprüche wegen Ergänzung des Pflichttheiles eingesetzter Miterben.

c) Auf Grundlage dieser Ermittelungen erfolgt die Auseinandersetzung entweder durch Zutheilung von Nachlaßsachen an einzelne Miterben, oder durch Realtheilung, z. B. der Forderungen oder der Grundstücke, oder mittels Veräußerung der Nachlaßgegenstände und Zuweisung der Kaufpreise, oder durch die Auflage zur Zahlung von Summen. Auch die Nachlaßschulden gehören zur Theilungsmasse.[28] In erster Linie sind die Vorschriften des Erblassers maßgebend.[29] Sind die Betheiligten einig, so hat, soweit es hiermit verträglich ist, die Auseinandersetzung nach ihren Anträgen zu geschehen. Häufig werden die Mobilien von Miterben zu einem vereinbarten Preise übernommen, sonst hat deren Auktion auf Antrag eines Betheiligten zu erfolgen.[30] Grundstücke sind zu subhastiren, wenn ein Betheiligter dies verlangt. Die Subhastation kann eine freiwillige sein, so daß sie dem Richter der freiwilligen Gerichtsbarkeit anheimfällt.[31] Sie kann als nothwendige bei dem Subhastationsgericht angebracht werden, entweder theilungshalber[32] oder, wenn der Antragsteller Beneficialerbe ist, in dieser Eigenschaft.[33] Wird die Subhastation nicht beantragt und findet eine andere Vereinbarung nicht statt, so sind Theile zu legen,

---

27) A. G. O. I, 22 § 29 Ziff. 3. L. R. II, 18 § 392 ist durch § 102 der Vormundschaftsordnung beseitigt. Der Offenbarungseid kann dem Miterben nur durch den Prozeßrichter nach vorgängigem Verfahren aufgelegt werden, wenn er sich der Ableistung desselben beim Nachlaßgericht weigert. — Die Offenbarungspflicht geht nicht weiter als der Besitz von Nachlaßsachen reichte. Deshalb hat der Erbe zwar die in seinem Besitz befindlichen Schuldurkunden und Werthpapiere zu inventarisiren, auf Forderungen und Schulden des Erblassers ist aber seine Offenbarungspflicht nicht zu erstrecken. R. G. bei Gruchot Bd. 36 S. 1064. — Vgl. auch R. G. Bd. 24 S. 194.

28) Vgl. L. R. I, 17 § 128, § 129, aber auch § 130 dort.

29) L. R. I, 17 § 123.

30) L. R. I, 17 § 89, vgl. oben Bd. 1 § 224 Anm. 10. Die Versteigerung geschieht durch die Gerichtsvollzieher, Ausführungsgesetz zum deutschen Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. April 1878 § 74. Widerspricht ein Betheiligter, so bedarf es seiner vorgängigen Verurtheilung, damit die Versteigerung ihren Fortgang nehmen kann, Reichscivilprozeßordnung § 779. Häufig werden die Mobilien einem Miterben nach der Taxe mit einem Zuschlag von etwa 10 Prozent durch Vereinbarung überlassen.

31) Gesetz vom 6. April 1839, vgl. oben Bd. 1 § 344 Ziff. I.

32) A. Ansicht Eccius Bd. 3 § 182 Anm. 95, Bd. 4 S. 590 weil der Miterbe nicht Miteigenthümer des Nachlaßgrundstücks zu einem bestimmten Theile sei.

33) Oben Bd. 1 § 344 Ziff. I. In letzterem Falle hat die Subhastation die durchgreifendste Wirkung gegenüber den Hypotheken, den Miethern und Pächtern; vgl. oben § 224 Ziff. 1.

über deren Anfall dann das Loos entscheidet.[34] Zu solchen Verfügungen bedarf es der Zuziehung von Gläubigern nicht, zu deren Gunsten ein Pfandrecht auf einem dem einzelnen Miteigenthümer inskünftige zufallenden Antheil eingeschrieben ist, da solche Einschreibungen unvorgreiflich der Rechte der Gesammtheit der Miterben geschehen.[35]

Schriften und Urkunden, welche weder ein zum Nachlaß gehörendes Grundstück betreffen, noch ein in die Theilung kommendes Recht begründen, noch auch einen nach Geld zu bestimmenden Werth haben, verbleiben demjenigen Miterben, welcher den größten Erbtheil hat, unter Miterben mit gleich großen Antheilen entscheidet das Loos.[36] [37]

§ 246. Rechtsfolgen der Auseinandersetzung.

1. Die unter den Miterben außergerichtlich abgeschlossenen Auseinandersetzungen haben die Kraft und die Gültigkeit von Vergleichen, die gerichtlichen Erbrecesse diejenigen rechtskräftiger Erkenntnisse.[1] Daher sind gerichtliche Recesse vollstreckbar, nachdem sie mit der Vollstreckungsklausel versehen worden.[2]

2. Nach römischem Recht ging das Eigenthum an den vom Theilungsrichter zugewiesenen Realtheilen der Nachlaßgegenstände durch die Adjudikation auf den Adjudikatar über, nach preußischem hat der Receß in Erbtheilungssachen eine derartige Kraft nicht. Es genügt indessen zum Eigenthumsübergang, daß die Betheiligten über die unmittelbare Ausführung der — gerichtlichen oder außergerichtlichen — Auseinandersetzung einig sind, da die Entsagung der Miteigenthümer hinreicht, um ihr Recht dem der Theilhaber der Vereinbarung entsprechend anwachsen zu lassen. Es ist also richtiger Ansicht nach eine Auflassung der Nachlaßgrundstücke an den Miterben,

---

34) L. R. I, 17 § 88.

35) Vgl. oben § 238 Ziff. 3 und § 249 bei Anm. 14 und 16. Küntzel bei Johow App. Ger. Bd. 5 S. 241 ff.

36) L. R. I, 17 §§ 124, 125. Dies nach dem Vorbild von l. 5 D. fam. erc. 10, 2. Die Miterben bleiben Miteigenthümer und behalten das Recht der Einsicht.

37) Die Kosten der Nachlaßregulirung sind nach Verhältniß der Erbtheile zu repartiren: wenn keine andere Vereinbarung erfolgt. Sie belasten die Erben persönlich, also nicht bloß mit dem Nachlaß.

1) L. R. I, 17 § 111, vgl. § 123.

2) R. C. P. O. § 706, vgl. R. C. P. O. § 702 Ziff. 1 wo freilich nur von Vergleichen „nach Erhebung der Klage“ die Rede ist. Gerichtlich ist nur die auf Provokation gemäß A. G. O. I, 46 vorgenommene Theilung, nicht eine vom Vormundschaftsrichter aufgenommene, R. G. bei Gruchot Bd. 35 S. 1002. Rehbein und Reincke zu L. R. I, 17 § 111. Koch zu L. R. I, 17 § 112, Eccius Bd. 4 § 273 Anm. 46 leugnen die exekutorische Kraft der Theilungsrecesse.

welchem sie zufallen sollen,[3] oder eine besondere Cession der Antheile an überwiesenen Nachlaßforderungen[4] wenigstens für die Regel nicht nöthig.

3. Die Anfechtbarkeit von privaten Erbtheilungen bestimmt sich nach den Regeln des Vergleiches, der gerichtliche Erbreceß ist nur wie ein rechtskräftiges Urtheil anfechtbar.[5] Aber die gerichtliche, wie die private Erbtheilung erstreckt sich nur auf diejenigen Stücke, welche in dem zu Grunde gelegten Verzeichniß angeführt waren oder über die doch beim Verfahren verhandelt wurde.[6]

4. Die Miterben sind sich gegenseitig zur Gewährleistung verpflichtet.[7] Dies auch dann, wenn der Erblasser die Theile bestimmte, doch kann derselbe die Gewährleistung ausschließen, soweit er hierdurch den Pflichttheil nicht verletzt.[8]

5. Eine unter Miterben vorgenommene Theilung des Nachlasses steht natürlich dem Anspruch eines übergangenen Miterben nicht entgegen. Erkennt jedoch dieser den bei der Theilung zu Grunde gelegten Status an und fordert nur von den Erben, die den Nachlaß hinter sich haben, eine seinem Theil entsprechende Summe, so kann er nicht auf eine Wiederholung des Erbregulirungsverfahrens verwiesen werden, sofern die Beklagten nicht gegenüber dem Kläger die Richtigkeit jenes Status in Frage stellen.[9]

§ 247. Die Landgüterordnungen.

I. In neuerer Zeit sind in der Provinz Westfalen und den landrechtlichen Kreisen der Rheinprovinz,[1] sowie in den Provinzen Brandenburg

---

3) Vgl. oben Bd. 1 § 224. So auch unter Anderem v. d. Gröben bei Gruchot Beitr. Bd. 19 S. 735. Dagegen u. A. Wittko ebendas. S. 20, Franke ebendas. S. 70 ff. Offen läßt die Frage R. G. bei Gruchot Bd. 34 S. 1068.

4) Wird einem der Miterben eine Erbschaftsforderung ganz überwiesen, so können ihm richtiger Ansicht nach Einreden aus der Person des Miterben nicht entgegengestellt werden, was die Gegner unserer Auffassung allerdings annehmen müßten. Eccius Bd. 4 § 273 Anm. 49 wendet ein, es könne doch zweifellos „dem Erben, welchem die Forderung überwiesen sei, entgegengestellt werden, daß die Forderung vor der Ueberweisung einem Bevollmächtigten sämmtlicher Miterben bezahlt sei.“ Gewiß! Ist das aber eine Einrede „aus der Person des Miterben?“

5) L. R. I, 17 § 112 ff., vgl. § 123, siehe oben Bd. 1 § 224. Eccius Bd. 4 § 273 Anm. 46 nimmt an, das bezüglich der gerichtlichen Erbtheilung Ausgeführte gelte „nach Beseitigung aller processualischer Elemente“ aus dem Theilungsverfahren nicht mehr.

6) L. R. I, 17 § 114, vgl. L. R. I, 16 § 436. Geschah eine außergerichtliche Theilung auf Grund eines vom Erbschaftsbesitzer vorgelegten unrichtigen Inventars, so ist eine Anfechtung des auf Grund desselben vorgenommenen Theilungsaktes und eine neue Erbtheilung zulässig nach Striethorst Archiv Bd. 68 S. 82. Vgl. R. G. bei Gruchot Bd. 37 S. 975, R. G. Bd. 31 S. 292.

7) Vgl. L. R. I, 17 § 97 ff., l. 14 C. h. t. 3, 36, oben Bd. 1 § 224 Ziff. 3 a. E.

8) L. R. I, 17 § 126. Für Vorvermächtnisse ist keine Gewähr zu leisten, wenn dies der Erblasser nicht vorschrieb, L. R. I, 17 § 99 ff., oben Bd. 1 § 224 Anm. 13.

9) Vgl. Entsch. des O. Trib. Bd. 39 S. 110.

1) Landgüterordnung für die Provinz Westfalen und die rheinischen Kreise Rees, Essen (Land), Essen (Stadt), Duisburg und Mühlheim an der Ruhr vom 30. April 1882. Erläutert von Hermann Meyer. Berlin 1882.

und Schlesien Ländgüterordnungen eingeführt,[2] welche die gewöhnlichen Grundsätze über die Auseinandersetzung der Miterben und über das Pflichttheilsrecht durchbrechen.[3]

Diese Ordnungen haben ihr Vorbild in einem Gesetze des Großherzogthums Oldenburg vom 24. April 1873, sowie den Gesetzen vom 2. Juni 1874 und 24. Februar 1880, betreffend das Höferecht in der Provinz Hannover, an welche sich das Gesetz vom 21. Februar 1881, betreffend das Höferecht im Kreise Herzogthum Lauenburg anschloß.[3a]

Die allgemeine Tendenz dieser Gesetze ist die löblichste. Sie bezwecken die Erhaltung der Bauerhöfe und überhaupt des Grundbesitzes in der Familie der Besitzer. Man geht davon aus, daß dieselbe bei absoluter Anwendung des gemeinen Erbrechtes gefährdet sei. Denn wenn der Bauerhof beim Tode seines Besitzers zu seinem vollen Verkaufswerth berechnet werde, so müsse Folgendes eintreten. Entweder es übernehme einer der Erben den Hof, werde aber der Art durch die den Miterben zu zahlenden Abfindungen erdrückt, daß er den Hof nicht ordentlich im Stand halten könne. Oder es komme sofort zur Subhastation theilungshalber und der Hof falle früher oder später Großgrundbesitzern in die Hände, die ihre Besitzthümer auf Kosten der Bauerhöfe erweiterten.

Allerdings begegnet der Bauer der Gefahr zum Theil dadurch, daß er sein Gut bei Lebzeiten einem seiner Kinder durch Auszugsvertrag abtritt. Es kommt nicht leicht vor, daß die Geschwister gegen die solcher Gestalt festgestellten Abfindungen mit Berufung auf das Pflichttheilsrecht Einspruch erheben. Auch nehmen die Miterben selbst dann, wenn der Bauer stirbt, ohne durch Auszugsvertrag Vorkehrungen getroffen zu haben, meist mit geringeren Abfindungen, wie sie der Hof tragen kann, vorlieb, und selbst die Vormundschaftsbehörden stimmen derartigen Abmachungen zu. Doch diese Hülfen der Praxis erwecken Bedenken. Denn daß die Betheiligten den legalen Zustand nicht strenge einhalten, scheint einen Vorwurf gegen diesen zu bilden und seine Reformbedürftigkeit zu erweisen. Die Auszugsverträge ferner führen zu mancherlei Mißständen und Mißhelligkeiten. Es ist volkswirthschaftlich wenig erwünscht, wenn sich der Bauer vorzeitig zur Ruhe setzt.

Diesen Unzuträglichkeiten ein Ende zu machen, sind die Landgüterordnungen bestimmt. Sie sollen die Höfe in den Familien erhalten und zwar

---

2) Landgüterordnung für die Provinz Brandenburg vom 10. Juli 1883. Erläutert von Max Schultzenstein. Berlin 1883.

3) Landgüterordnung für die Provinz Schlesien vom 24. April 1884.

3a) Weitere Landgüterordnungen wurden erlassen für Schleswig-Holstein am 2. April 1886 und für den Regierungsbezirk Cassel am 1. Juli 1887. Die folgende Darstellung beschäftigt sich nur mit den Landgüterordnungen innerhalb des Gebietes des altpreußischen Rechtes.

ohne Aenderung der gesetzlichen Erbfolge. Als besonderer Vorzug der Einrichtung gilt, daß sie auf dem freien Willen der Betheiligten beruht, durch den freien Willen derselben beseitigt werden kann, dennoch aber das geringste Maß von Thätigkeit des Einzelnen in Anspruch nimmt, auch sehr geringe Kosten verursacht. Der Gesetzgeber denkt für den Bauern. Der Bauer braucht sich nur dessen Gedanken anzuschließen. Es wird ihm dies so bequem als möglich gemacht.

II. Anerbenrecht nach den Landgüterordnungen ist das Recht eines der gesetzlichen Miterben ein in dem Nachlaß enthaltenes Landgut gegen einen Vorzugspreis bei der Erbtheilung für sich aus der Erbschaft heraus zu fordern. Dies Recht gestaltet sich im Wesentlichen folgendermaßen:

1. Das Amtsgericht, in dessen Bezirk Landgüter belegen sind, führt eine Landgüterrolle.[4]

Landgut ist im Sinne der Landgüterordnungen eine in der Landgüterrolle eingetragene Besitzung.[5]

Eintragungsfähig sind zum Betriebe der Land- oder Forstwirthschaft bestimmte Besitzungen. Die Landwirthschaft kann in Getreidebau, Gemüsebau, Obstzucht, Viehzucht bestehen. Nicht selbständig eintragungsfähig also ist unter Anderem ein bloßer Ziergarten, ein Bleichgarten, ein Stätteplatz, es sei denn, daß diese Ländereien der Land- oder Forstkultur bestimmt werden.

In Westfalen und in Brandenburg ist nicht nothwendig, daß das Landgut zu einem Bauernhof gehört oder daß sich auf dem Landgut ein Wohnhaus befindet.[6] In Schlesien muß die Besitzung mit einem Wohnhause versehen sein.[7]

Zu Landgütern können nicht bloß Bauergüter, sondern auch andere Güter, insbesondere Rittergüter, erhoben werden. Lehn- und Fideikommißgüter, welche ihre besondere Successionsordnung haben, sind nicht eintragungsfähig.

Nur solche Besitzungen sollen eingetragen und damit zu Landgütern werden, welche einen Grundsteuerreinertrag von 75 Mark haben.[8] Für Schlesien genügen 60 Mark.[9]

---

4) L. G. O. für Westfalen § 2, für Brandenburg § 2.

5) L. G. O. für Westfalen § 1 Abs. 1; für Brandenburg § 1 Abs. 1. Das Gesetz sagt „in der Landgüterrolle des zuständigen Amtsgerichts eingetragene Besitzung." Aber eine Eintragung in die Rolle eines unzuständigen Amtsgerichts wird nach allgemeinen Grundsätzen nicht als nichtig anzusehen sein.

6) L. G. O. für Westfalen § 1 Abs. 1, für Brandenburg § 1 Abs. 1.

7) L. G. O. für Schlesien § 1 Abs. 2.

8) L. G. O. für Westfalen § 1 Abs. 2, für Brandenburg § 1 Abs. 2.

9) L. G. O. für Schlesien § 1 Abs. 2.

Das Amtsgericht hat zu prüfen, ob ein angemeldetes Landgut im Sinne des Gesetzes eintragungsfähig, ob es also der Land- oder Forstwirthschaft bestimmt, und mit dem gesetzlich erforderten Reinertrag zur Grundsteuer veranlagt ist. Die einmal erfolgte Eintragung kann aber nicht aus dem Grunde angefochten werden, weil diese Voraussetzungen zur Zeit der Eintragung nicht vorhanden waren.[10]

2. Von dem Ermessen des Eigenthümers, welcher den Antrag auf Eintragung stellt, hängt es ab, welchen Umfang das Landgut haben soll, welches er einem Anerbenrecht unterstellt.

Grundstücke, welche auf verschiedenen Grundbuchblättern eingetragen sind, welche von verschiedenen Mittelpunkten aus bewirthschaftet werden, welche in verschiedenen Kreisen der Provinz liegen, können somit als ein Landgut eingetragen werden. Umgekehrt können Grundstücke, die auf demselben Grundbuchblatte stehen, oder von einem Mittelpunkte aus bewirthschaftet werden, in mehrere Landgüter zerfällt werden. Es können auch reale Theile derselben Besitzung ein selbständiges Landgut werden, während andere dem gemeinen preußischen Rechte unterstehen.

Liegen die Grundstücke, welche ein Landgut bilden sollen, in den Bezirken verschiedener Amtsgerichte, so hat das Oberlandesgericht zu bestimmen, bei welchem Amtsgericht das Landgut in die Rolle einzutragen ist.[11] Werden die Grundstücke bei den verschiedenen Amtsgerichten, in deren Bezirk sie liegen, eingetragen, so bilden sie verschiedene Landgüter.

3. Die Eintragung erfolgt auf Antrag des Eigenthümers, welcher über das Landgut letztwillig verfügen kann.[12]

Es ist nicht erfordert, daß der Antragsteller als Eigenthümer im Grundbuch eingetragen ist. Er kann sich als Eigenthümer auch in anderer Weise, z. B. durch Testament, legitimiren.

Die Fähigkeit letztwillig zu verfügen, bemißt sich nach allgemeinen Grundsätzen. Entmündigte Verschwender haben zwar im Allgemeinen die letztwillige Verfügungsfähigkeit; indessen nur in beschränkter und bedingter Weise. Eine Eintragung in die Landgüterrolle kann aber der Natur der Sache nach nur beantragen, wer unbedingt die Verfügungsfähigkeit hat, da das Grundstück die Natur eines Landgutes vorbehaltlos und unbeschränkt

---

10) L. G. O. für Westfalen § 4 Abs. 2, desgleichen für Brandenburg und für Schlesien § 4 Abs. 2. Die Meinung des Gesetzes ist nur, daß eine solche Eintragung nicht im Wege des Prozesses anfechtbar sein soll. Eine Beschwerde wird aber dem bei der Nichteintragung Interessirten kaum zu versagen sein. Zweifelnd ist Meyer a. a. O. S. 34.

11) § 2 Abs. 2 der L. G. O.

12) L. G. O. § 5.

annehmen muß. Entmündigten Verschwendern steht daher das Recht, ihre Grundstücke in die Landgüterrolle eintragen zu lassen, nicht zu.

4. Der Antrag auf Eintragung in die Landgüterrolle und die Eintragung lassen Abweichungen von den gesetzlichen Bestimmungen, sowie Bedingungen oder Beschränkungen nicht zu. Nur für einige Bezirke Westfalens ist es gestattet, mittels Eintragung in die Landgüterrolle vorzuschreiben, daß der jüngere Sohn und in Ermangelung von Söhnen die jüngere Tochter vorgeht — Minorat, — während sonst die älteren Kinder den Vorzug haben.[13]

5. Finden sich Landgüter in der Erbschaft, so hat der s. g. Anerbe gegenüber seinen Miterben das Recht auf Ueberlassung des Landgutes für die gesetzliche Abfindung.

a) Das Anerbenrecht steht zu dem überlebenden Ehegatten, welcher die Befugniß zur Uebernahme des gemeinschaftlichen Vermögens hat.[14] Ein derartiges Recht hat er in Westfalen, soweit die allgemeine Gütergemeinschaft des Gesetzes vom 16. April 1860 dort reicht.

Und zwar kann er sämmtliche in der gütergemeinschaftlichen Masse befindlichen Landgüter beanspruchen.

b) Des weiteren haben ein Anerbenrecht gewisse Nachkommen des Erblassers. In der Regel geht der ältere Sohn, in Ermangelung von Söhnen die ältere Tochter vor, an die Stelle verstorbener Kinder treten deren Abkömmlinge.[15]

c) In Westfalen haben das Anerbenrecht auch Geschwister und deren Abkömmlinge, sofern sie die nächsten gesetzlichen Erben sind, und zwar so, daß die Grundsätze bezüglich des Vorzugsrechtes gewisser Nachkommen entsprechend anzuwenden sind.[16]

Sind mehrere Landgüter vorhanden, die gemeinschaftlich bewirthschaftet werden, so kann der zunächst Berechtigte sie sämmtlich beanspruchen. Ist dies nicht der Fall, so ist jeder von den Nachkommen in der Reihenfolge seiner Berufung berechtigt, ein Landgut zu übernehmen.[17]

6. Der Anerbe hat das Recht, das Landgut nach folgenden Grundsätzen zu übernehmen:

---

13) L. G. O. für Westfalen § 14, § 13, für Brandenburg und Schlesien § 11.

14) L. G. O. für Westfalen § 11, vgl. ferner für Brandenburg § 17.

15) Näheres siehe in der L. G. O. für Westfalen §§ 12, 13 und 14, für Brandenburg § 10 ff.

16) L. G. O. für Westfalen § 15. Entsprechend für Schlesien § 13.

17) L. G. O. für Westfalen § 16 macht eine Ausnahme zu Gunsten des Ehegatten. Vgl. L. G. O. für Brandenburg § 12.

Die Taxe des Landgutes wird festgestellt in Westfalen nach dem zwanzigfachen Betrag des Grundsteuerreinertrages,[18] in Brandenburg nach dessen dreißigfachem, in Schlesien nach dessen vierzigfachem Betrag.[19]

Nicht besonders geschätzt werden die zur Wohnung des Eigenthümers, seiner Familie, Dienstleute und zur Bewirthschaftung des Landgutes bestimmten Gebäude; andere Gebäude werden nach dem zwanzigfachen Betrag ihres zur Gebäudesteuer eingeschätzten Nutzungswerthes geschätzt, so daß dieser Betrag dem Werthe des Landgutes zugerechnet wird. Das Gutsinventar und alle beweglichen Pertinenzstücke, Bäume und Holzungen, mit Ausnahme des überständigen Holzes, werden nicht geschätzt.

Von dem ermittelten Betrag wird der Werth der auf dem Landgut ruhenden Lasten und Abgaben abgesetzt.[20]

Diese Werthschätzung ist eine zufällige. Denn die Grundsteuer wurde von vornherein ungleichmäßig veranlagt. In Folge der späteren Entwickelung der Verhältnisse ist dieselbe ein sehr unzuverlässiger Maßstab geworden; denn der Werth der Grundstücke hat sich durch die Eröffnung neuer Verkehrswege, durch Verbesserungen vielfach geändert.[20a] Es giebt Bauergüter, welche den hundertfachen Werth des Grundsteuerreinertrages haben. Ist ein solches Gut auch nur zum Drittel seines Werthes belastet, so wird die Höhe der Abfindung der Miterben fast auf Null herabsinken.[21]

7. Die Eigenschaft eines Grundstückes als Anerbengutes wohnt ihm dinglich inne. Sie erhält sich folglich nicht bloß, so lange das Grundstück in derselben Familie bleibt, sondern auch im Fall einer Veräußerung. Sie verhaftet das Grundstück ungetheilt, und belastet daher auch einzelne abgetrennte Bestandtheile, sofern dieselben nämlich nicht unter den gesetzlichen Mindestbetrag des Grundsteuerreinertrages herabsinken.[22] Zu unterscheiden ist das Erlöschen und das Ruhen des Landgüterrechtes.

a) Es erlischt die Eigenschaft des Grundstückes als Anerbengutes durch Löschung.[23]

Eine Löschung darf nur erfolgen, wenn der Eigenthümer sie beantragt, welcher zu letztwilligen Verfügungen befugt ist.[24]

---

18) L. G. O. für Westfalen § 17.

19) L. G. O. für Brandenburg § 13, für Schlesien § 14.

20) So wenigstens nach der L. G. O. für Brandenburg § 13. Für Westfalen vgl. L. G. O. § 17. Siehe für Schlesien § 14.

20a) Vgl. oben Bd. 1 § 194 Anm. 9.

21) Vgl. Eccius Bd. 4 § 248 Anm. 55 über das wenig Durchdachte und die Härten der einzelnen Bestimmungen.

22) Nach L. G. O. für Schlesien § 1 muß die abgetrennte Parzelle auch mit einem Wohnhaus versehen sein.

23) L. G. O. § 7.

24) L. G. O. § 5.

Fraglich aber ist, wie es steht, wenn die Löschung zur Ungebühr erfolgt ist, d. h. in Folge eines Irrthums des Amtsgerichtes, z. B. auf Antrag einer nicht verfügungsfähigen Person. Man wird annehmen müssen, daß in solchem Falle die Wiedereintragung der Anerbeneigenschaft selbst von Amtswegen zu erfolgen hat, sofern das Gut noch in der Hand dessen ist, welcher zur Zeit der Löschung zur Ungebühr Eigenthümer war oder sofern dasselbe durch Erbgang auf seine Erben übergegangen ist. Ist dagegen das Gut in eine andere Hand gelangt, insbesondere in diejenige eines Sondernachfolgers, so hat diese es in Folge der Löschung der Anerbeneigenschaft als ein Gut überkommen, welches dem gewöhnlichen Erbrecht untersteht. Dies kann sich nur durch Antrag des neuen Erwerbers ändern.

b) Die Anerbeneigenschaft des Gutes ruht, wenn die bei der Auseinandersetzung, Schichtung oder Erbtheilung betheiligten Personen nicht allein Eigenthümer des Anerbengutes sind; ferner wenn das Gut nach dessen Eintragung in die Landgüterrolle die Fähigkeit verloren hat, Landgut zu sein. In der Provinz Brandenburg ruht sie auch bei Landgütern, deren Gebäude zur Zeit des Todes des Erblassers mit einem den Grundsteuerreinertrag übersteigenden Nutzungswerth zur Gebäudesteuer angesetzt sind. [25]

8. Der Eigenthümer des Landgutes ist befugt, die Rechte der Anerben auszuschließen oder einen anderen Anerben, als nach dem Gesetz eintreten würde, zu bestimmen, oder eine andere Anrechnung des Gutswerthes festzustellen, so jedoch, daß das Pflichttheilsrecht der Miterben nicht ungünstiger gestellt werden darf, als die Landgüterordnung bestimmt. Er kann dies Alles

a) in einem Testamente, ohne Zweifel auch in einem Erbvertrage;

b) in einer gerichtlich oder notariell beglaubigten Urkunde;

c) in einer eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Urkunde. [26]

9. Der Anerbe ist nicht Vermächtnißnehmer, vielmehr hat er nur das Recht, das Landgut als Miterbe bei der Erbtheilung in Anspruch zu nehmen. Er hat also nur einen persönlichen Anspruch auf Ueberlassung des Eigenthumes.

Nach der Westfälischen Landgüterordnung ist die Abfindung an die Miterben unter billigen Zahlungsfristen zu leisten. [27] Bis zur Zahlung der

---

25) L. G. O. für Westfalen § 25, für Brandenburg und Schlesien § 18.

26) L. G. O. für Westfalen § 21, für Brandenburg § 14, für Schlesien § 15. Die L. G. O. für Brandenburg und Schlesien verlangt Zufügung von Jahr und Tag, die für Westfalen verlangt die Zufügung des Datums nicht.

27) L. G. O. für Westfalen §§ 11, 12, 15, 23.

Abfindungen können die miterbenden Geschwister des Gutsübernehmers standesgemäßen Unterhalt auf dem Landgute gegen standesgemäße, ihren Kräften entsprechende Mitarbeit beanspruchen.[28] Die Abfindungen der Miterben, beziehungsweise der Anspruch auf Unterhalt, sind auf deren Antrag durch Eintragung im Grundbuche sicher zu stellen.[29] Dagegen sind nach der Brandenburger und Schlesischen Landgüterordnung die Abfindungen in Ermangelung anderer Vereinbarungen baar gegen Ueberlassung des Gutes zu zahlen. Es kann aber der Erblasser bestimmen, daß die Abfindung der Miterben bis zu deren Großjährigkeit gegen Verpflichtung ihrer Erziehung, im Nothfall auch ihres Unterhaltes auf dem Landgute ausgesetzt wird, so daß eine solche Bestimmung wegen Verletzung des Pflichttheiles nicht angefochten werden kann.[30]

10. Das Gesetz läßt die Frage, wie sich seine Sonderbestimmungen zu den Ansprüchen der Gläubiger und etwaiger Vermächtnißnehmer verhalten, offen.

Sämmtliche Erben haften den Erbschaftsgläubigern auch in diesem Falle gemeinsam. Diese müssen, wenn ihre Forderungen nicht befriedigt werden, die Miterben daher gemeinsam verklagen. Sie können, wenn sie einen vollstreckbaren Titel erlangt haben, die Zwangsvollstreckung in sämmtliche Erbschaftssachen betreiben, insbesondere auch das Landgut zur Subhastation bringen. Ergiebt sich hierbei ein Ueberschuß über die Forderungen der Gläubiger, so ist der Ueberschuß unter die Miterben nach Höhe ihrer Erbtheile zu vertheilen. Es hat nicht etwa der Anerbe in dieser Hinsicht ein Vorzugsrecht vor den Miterben, weil er das Landgut bei der Theilung gegen den Vorzugspreis hätte erwerben können. Denn sein Vorrecht ist davon abhängig, daß zur Zeit der Theilung das Landgut noch in der Theilungsmasse ist.[31]

11. Jeder der Miterben hat die Möglichkeit, den Eintritt des Anerbenrechtes zu vereiteln.

Hierzu ist erforderlich, daß er rechtzeitig ein Inventar errichtet und sich damit die Eigenschaft eines Beneficialerben sichert. Als solcher ist er befugt, die nothwendige Subhastation des Landgutes beim Subhastationsrichter zu beantragen und dieselbe zur Durchführung zu bringen.[32] Aus der Eigenschaft

---

28) L. G. O. für Westfalen § 19.

29) L. G. O. für Westfalen § 20.

30) L. G. O. für Brandenburg § 16 Ziff. 2, für Schlesien § 17 Ziff. 2.

31) Bezüglich des Verhältnisses der Miterben des Anerben zu den Erbschaftsgläubigern führt Eccius Bd. 4 § 275 Anm. 59 an, Eccius in der politischen Wochenschrift 1883 S. 59.

32) Zwangsvollstreckungsgesetz vom 13. Juli 1883 § 180 Ziff. 1 § 184 vgl. oben § 224 Anm. 1 und 2. Das Recht der Beneficialerben, auf nothwendige Subhastation anzutragen, besteht nur im Geltungsbereiche des allgemeinen Landrechtes. Die „Höfe" der Provinz Hannover sind daher nicht berührt. Es bedarf nicht der Ausführung, daß in unserem Texte nicht die Rede ist von einer Subhastation zum Zwecke der Aus-

des Grundstückes als Landgut kann ihm kein Einwand entgegengesetzt werden. Denn diese kommt erst bei der Theilung der Erbmasse und bei der Auseinandersetzung der Miterben in Betracht. Bei der vom Beneficialerben in dieser Eigenschaft beantragten Subhastation aber handelt es sich um die Frage, ob die Masse im Stande ist, den Ansprüchen der Erbschaftsgläubiger vollständig zu entsprechen. Diese Frage kann nach dem Gesetze und gemäß der Natur der Sache nicht anders erledigt werden, als daß die Masse versilbert wird.

Es ist also von dem guten Willen der Miterben abhängig, ob das Anerbenrecht in der That in Kraft treten kann.[33] [34]

---

einandersetzung der Miterben. — Zwangsvollstreckungsgesetz § 180 Ziff. 2, § 185. Diese als eine Art der Theilung ist durch die Landgüterordnungen ausgeschlossen. Ganz anders verhält es sich mit der Subhastation, da der Beneficialerbe sie zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger beantragt. Vgl. die stenographischen Berichte über die Herrenhaussitzung vom 15. December 1883, Drucksachen S. 21.

33) Der Regierungskommissar hat hinsichtlich dieses Punktes in der Kommission des Abgeordnetenhauses nach dem Berichte der Kommission, 2. Session 1883—84 S. 3 bemerkt: „Wolle ein Miterbe das formelle Recht auf Subhastation des Nachlaßgrundstückes ohne Nöthigung durch die Schuldverhältnisse des Nachlasses zum Nachtheil des Anerben, welchem das Recht auf Uebereignung zustehe, mißbrauchen, so würde der Berechtigte sich dagegen durch Klage beziehungsweise durch Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung schützen können; die Behauptung, daß die Wirksamkeit des Anerbenrechtes durch die Rechte des miterbenden Beneficialerben ausgeschlossen werde, sei daher eine irrthümliche.“ Dieser Ausführung trat die Kommission bei. Ganz unbedenklich ist sie jedoch nicht. Denn — Einleitung des L. R. § 88 — soweit Jemand ein Recht hat, ist er dasselbe in den gesetzlichen Schranken auszuüben befugt. Gesteht man jedoch eine derartige Berufung auf dolus generalis zu, so wird doch die Klage, beziehungsweise die einstweilige Verfügung seinetwillen nur zulässig sein, wenn der „Mißbrauch der formellen Befugniß“ ein zweifelloser ist. Der Nothnagel, an welchen die Wirkungskraft des Anerbenrechtes hiermit geknüpft wird, ist daher kein sehr fester. Der vorsichtige Erblasser wird gut thun, trotz des neuen gesetzlichen Mittels, die alten und bewährten Mittel der Gutsabtretung oder eines Testamentes nicht zu verabsäumen.

34) Der Erfolg des Instituts ist ein verschiedener je nach dem alten Herkommen der bäuerlichen Bevölkerung gewesen. Ende 1893 waren in Hannover 66 050, in Westphalen 2326, in Brandenburg aber nur 81, in Schlesien 44 Höfe eingetragen.

I. Sachregister.

Abkürzungen: a = Anmerkung, u. = und, s. = siehe, ff. = folgende. Die Zahlen bedeuten die Seitenzahlen; diejenigen, vor denen ein „a“ steht, die Zahl der Anmerkung auf der vor dem „a“ stehenden Seite.

A.

C. s. auch K.

D.

F.

G.

I. u. J.

M.

O.

U.

W.

Z.

II. Quellenregister.

1. Die wichtigsten Citate aus dem allgemeinen Landrecht.

Titel II.

2. Citate aus der allgemeinen Gerichtsordnung.

3. Die übrigen Landesgesetze und die Bundes- und Reichsgesetze.

Zusätze und Berichtigungen.

S. 64 a 1 lies: „Vgl. oben § 18 Anm. 34 am Schluß, Anm. 39 am Schluß. Die Verzeihung muß den Sinn des Verzichts auf den Ehescheidungsgrund gehabt haben; eine Verzeihung in dem Sinne, daß der Beleidigte den Fehl im Gemüte nicht weiter nachtragen will, sofern dem Rechte Genüge geschieht, gehört nicht hierher."
„ 80 Zeile 2 von oben muß es heißen „anderes".
„ 107 Zeile 2 von oben muß es heißen „Reichskonkursordnung".
„ 119 a 27 (3. Zeile) muß es heißen „Vormundschaften".
„ 121 a 10 (1. Zeile) muß es heißen „Objektes".
„ 126 a 18 lies: „L. R. II, 1 § 379."
„ 157 a 5 lies: „L. R. II, 2 § 242."
„ 162 a 18 lies: „L. R. II, 2 § 218 ff."
„ 216 a 12 Zeile 3 von unten lies: „vom 300 ten bis 182 ten Tag — oben § 42 — für maßgebend."
„ 273 a 5 Zeile 2 von unten „es ist also nicht nöthig."
„ 298 a 15 lies: „L. R. I, 1 § 39."
„ 360 a 15 muß es heißen: „l 6 pr. Dig. de jur. cod. 29, 7."
„ 373 § 123 Zeile 5 „Erbe, wenigstens der Idee nach, der" ...
„ 459 Zeile 3 von oben „Fiduciar".
„ 472 a 10 lies: „L. R. I, 12 § 468."
„ 477 Zeile 2 von oben fehlt das Wort „über" (dem Kinde über die Unmündigkeit hinaus ...).
„ 708 a 8 Zeile 2 von unten „1879".

Halle a. S., Buchdruckerei des Waisenhauses.

Dernburg, Heinrich,

Lehrbuch des preußischen Privatrechts

Bd.: 3

1896